

<b>PROCESSO</b>	<b>- A. I. N° 279463.0001/15-8</b>
<b>RECORRENTES</b>	<b>- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e ARCELOMITTAL BRASIL S/A.</b>
<b>RECORRIDOS</b>	<b>- ARCELOMITTAL BRASIL S/A. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL</b>
<b>RECURSOS</b>	<b>- RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 1<sup>a</sup> JJF N° 0196-01/16</b>
<b>ORIGEM</b>	<b>- IFEP – DAT/SUL</b>
<b>PUBLICAÇÃO</b>	<b>- INTERNET: 13/03/2019</b>

**2<sup>a</sup> CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACORDÃO CJF N° 0014-12/19**

**EMENTA:** ICMS. 1. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. 2. ALÍQUOTA. ERRO DE APLICAÇÃO. VENDAS DE MERCADORIAS POR ESTABELECIMENTO ATACADISTA FILIAL DE INDÚSTRIA A CONTRIBUINTES MICROEMPRESAS, EMPRESAS DE PEQUENO PORTO E AMBULANTES. MERCADORIAS PRODUZIDAS POR TERCEIROS. 3. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Em que pese, o arquivo fiscal possua uma denominação que não denuncia o seu conteúdo, soa inadequado negar efeitos ao lançamento tributário com tal fundamento, pois o Sujeito Passivo não sofreu qualquer prejuízo em face desse pequeno erro na designação do demonstrativo de débito, já que revelou conhecimento dos fatos que lhe foram imputados, desde a impugnação, oportunidade em que já acenara com a tese defensiva no mérito, alegando o recolhimento do imposto exigido no momento antecedente, quando das aquisições correspondentes. Decretar a nulidade da Decisão recorrida. Retorno à Primeira Instância para novo julgamento. Recurso de Ofício **PROVIDO**. Recurso Voluntário **PREJUDICADO**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário e de Recurso de Ofício interpostos pela autuada e pela 1<sup>a</sup> JJF, respectivamente em razão do Acórdão N° 0196-01/16, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, lavrado em 31/03/2015, para exigir ICMS no valor histórico de R\$964.384,45, relativos às infrações a seguir especificadas.

1. *Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2012, janeiro a dezembro de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$530.482,09, acrescido da multa de 60%. Consta que o contribuinte classificou algumas operações como se já tivessem encerrada a tributação, em mercadorias cuja tributação se daria na saída;*
2. *Recolheu a menos ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2012, janeiro a dezembro de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$345.731,42, acrescido da multa de 60%. Consta que o estabelecimento auditado, filial atacadista de indústria, praticou operações de venda de mercadorias à microempresas, empresas de pequeno porte e/ou ambulantes adotando a alíquota favorecida de 7%, com relação a mercadorias adquiridas de terceiros, não fabricados pela mesma, em desacordo com o disposto no artigo 51, § 1º, inciso I, do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto n° 6.284/97 e art. 16, inciso I, alínea “c”, da Lei n° 7.014/96 c/c o § 1º, inciso I, do mesmo artigo;*
3. *Deixou de proceder a 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 junho a outubro de 2012, abril a dezembro de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$88.170,94, acrescido da multa de 60%. Consta que o contribuinte, filial atacadista, deixou de reter o ICMS, em algumas operações que classificou como se já houvessem sido tributadas na entrada.*

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia de 21/10/2016 (fls. 226 a 240) e decidiu pela Procedência em Parte, em decisão unânime, nos termos a seguir reproduzidos.

**“VOTO:**

*Incialmente, cabe consignar que o impugnante na defesa vestibular não arguiu em momento algum a nulidade do Auto de Infração.*

*Na realidade, somente quando da manifestação sobre a ciência da diligência proposta pelo então ilustre Relator/Julgador José Bizerra Lima Irmão, na qual este suscitou a existência de uma situação nova trazida pelo autuante quando da Informação Fiscal, o impugnante arguiu a nulidade da autuação.*

*Alega o impugnante que, conquanto o autuante tenha pretendido esclarecer as razões nas quais se baseou para o lançamento originário, tal fato não autoriza a sua readequação para novos critérios jurídicos, diferentes daqueles até então sustentados, ainda que oportunizado o aditamento de defesa ao contribuinte. Sustenta que houve violação aos artigos 146 e 149 do CTN.*

*O autuante contesta a argumentação defensiva. Afirma que desde o inicio a autuação se baseia no fato de que o contribuinte deixou de recolher o ICMS normal (infração 1) e o ICMS substituído (infração 3) para algumas operações. Ressalta que em algumas operações o contribuinte agiu corretamente.*

*Efetivamente, a análise das peças que compõem o presente processo permite constatar que assiste razão ao autuante quando diz que o lançamento originariamente está fundamentado no fato de que o autuado não recolheu o ICMS “normal” e o ICMS-ST, para algumas operações.*

*O exame acurado dos elementos acostados aos autos, especialmente da descrição das infrações 1 e 3; dos demonstrativos elaborados pelo autuante; do CD; da Informação Fiscal; e da Manifestação do impugnante, permite constatar que não houve a aduzida situação nova e muito menos readequação para novos critérios jurídicos, diferentes daqueles até então sustentados.*

*Verifica-se que quando o autuante na Informação Fiscal diz que o autuado deixou de considerar que, na qualidade de filial atacadista, deve homogeneizar os procedimentos relativos à substituição tributária. Ou seja, como contribuinte substituto que é, deve aproveitar tanto o ICMS normal quanto o ICMS relativo à substituição tributária, e, no final, proceder a retenção na saída desses produtos, não trouxe uma situação nova e muito menos uma readequação para novos critérios jurídicos, diferentes daqueles até então sustentados, mas sim uma explicação, uma manifestação de entendimento sobre o procedimento correto que deveria ter sido adotado pelo autuado.*

*Portanto, no presente caso, não há que se falar em modificação ou alteração do lançamento, haja vista que, se assim fosse, assistiria razão ao impugnante quanto à violação aos artigos 146 e 149 do Código Tributário Nacional – CTN, por não ser possível alterar-se o lançamento originariamente efetuado.*

*Diante disso, não acolho a nulidade arguida.*

*Entretanto, apesar de não ter sido arguido pelo impugnante, por dever de ofício, constato a existência de um vício insanável que inquina de nulidade os lançamentos atinentes às infrações 1, 2 e 3, no exercício de 2013.*

*Conforme relatado, a autuação abrange os exercícios de 2012 e 2013 nas três infrações. Ocorre que o autuante somente apresentou ao contribuinte e trouxe aos autos, os elementos referentes ao exercício de 2012, conforme CD acostado à fl. 31 dos autos. Ou seja, inexistem elementos que possibilitem a análise dos valores consignados pelo autuante no Auto de Infração atinentes às infrações 1, 2 e 3, no exercício de 2013, tanto pelo contribuinte quanto pelo órgão julgador.*

*Verifica-se no documento acostado à fl. 30 dos autos, no caso “Recibo de Arquivos Eletrônicos”, que na relação dos arquivos recebidos pelo autuado consta apenas o arquivo referente ao exercício de 2012, EFD e Termo de início, inexistindo qualquer registro quanto ao exercício de 2013. Nem mesmo em papel os elementos - planilhas, demonstrativos, etc. – que permitissem identificar os documentos e valores que fundamentaram a autuação quanto a este exercício foram acostados. Há apenas um demonstrativo sintético, à semelhança do demonstrativo no Auto de Infração que não possibilita qualquer análise sobre as condutas infracionais imputadas ao autuado no exercício de 2013.*

*Por certo que a ausência de elementos necessários e indispensáveis ao exercício do direito de ampla defesa e do contraditório do contribuinte implica em cerceamento de defesa e, por consequência, em nulidade da autuação, conforme estabelece o art. 18, IV, “a”, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF) aprovado pelo Decreto n. 7.629/99.*

*Assim sendo, no que concerne ao exercício de 2013, as infrações 1, 2 e 3, são nulas. Recomendo a autoridade competente que analise a possibilidade de renovação dos atos, a salvo de falhas, consoante manda o art. 21 do RPAF.*

*Quanto à perícia requerida, considero desnecessária a sua realização, haja vista que os elementos acostados aos autos se apresentam suficientes para convencimento e decisão da lide no que diz respeito ao exercício de*

2012. Ademais, as provas dos fatos não dependem de conhecimento especial de peritos, sendo de pleno conhecimento dos julgadores que compõem este órgão julgador. Indefiro, portanto, o pedido com fulcro no art. 147, II, “a”, do RPAF/99.

No mérito, considerando que o autuado impugnou conjuntamente as infrações 1 e 3 por estarem intrinsecamente relacionadas, do mesmo modo passo ao exame de ambas as infrações, apenas no que diz respeito ao exercício de 2012, em face do que foi explanado acima relativamente ao exercício de 2013.

A infração 1 diz respeito à falta de recolhimento do ICMS em razão de ter o autuado praticado operações tributáveis como não tributáveis regularmente escrituradas. A acusação fiscal é complementada com o registro que o contribuinte classificou algumas operações como se já tivessem com a fase de tributação encerrada, referente a mercadorias cuja tributação se daria na saída.

Já a infração 3, trata de 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 no Estado da Bahia. Consta como complementação da acusação fiscal que o contribuinte, filial atacadista, deixou de reter o ICMS, em algumas operações que classificou como se já houvessem sido tributadas na entrada.

O exame dos demonstrativos e planilhas elaborados pelo autuante, constante do CD acostado aos autos, permite constatar que o levantamento fiscal referente à infração 1, no exercício de 2012, abrange exclusivamente duas mercadorias, no caso arame recozido - AR.RECOZIDO 1.24 RL 50KG, código NCM 72171090 - e vergalhão - CA50 8.00 MM RETO 12.0 M FX 2500 KG, código NCM 72142000.

Observo que o arame recozido - AR.RECOZIDO 1.24 RL 50KG, código NCM 72171090 - somente foi incluído no regime de substituição tributária a partir do exercício de 2013, significando dizer que, no exercício de 2012, a tributação era normal (débito/ crédito), portanto, deveria o autuado tributar na saída. Como assim não procedeu a exigência atinente ao arame recozido se apresenta correta.

Quanto ao vergalhão - CA50 8.00 MM RETO 12.0 M FX 2500 KG, código NCM 72142000 – em 2012 já estava enquadrado no regime de substituição tributária, portanto, desde que efetuada a retenção/antecipação na etapa anterior a saída posterior ocorreria com a fase de tributação encerrada.

Contudo, no presente caso, a resposta dada pelo autuante quando do cumprimento da diligência solicitada por esta Junta de Julgamento Fiscal afasta qualquer dúvida de que o autuado adotou a sistemática de tributação normal na saída deste produto, conforme se vê da transcrição abaixo:

Como são escrituradas as entradas? O contribuinte adota a sistemática de substituição tributária?

“As entradas foram tratadas pela sistemática de tributação normal, com aproveitamento do crédito do ICMS destacado. Caberia à autuada aproveitar também o ICMS retido anteriormente (quando houvesse).”

Desse modo, a infração 1 é parcialmente subsistente, no exercício de 2012, no valor de R\$201.817,01, conforme demonstrativo elaborado pelo autuante.

No que tange à infração 3, no exercício de 2012, apenas a mercadoria vergalhão - CA50 8.00 MM RETO 12.0 M FX 2500 KG, código NCM 72142000 – foi arrolada na autuação, conforme se verifica no demonstrativo elaborado pelo autuante, constante do CD anexado aos autos.

Assim, por se tratar de uma mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, cabe a exigência do ICMS devido pela operação própria, exigido na infração 1, bem como o ICMS referente à substituição tributária, conforme exigido neste item da autuação.

Dessa forma, a infração 3 é parcialmente subsistente, com ICMS devido no valor de R\$13.595,92, conforme demonstrativo elaborado pelo autuante.

No que tange à infração 2, observo que o autuado já figurou no polo passivo de autuação cuja matéria é a mesma tratada no Auto de Infração em questão.

Ou seja, na qualidade de filial atacadista de indústria, o autuado praticou operações de venda de mercadorias a microempresas, empresas de pequeno porte e/ou ambulantes aplicando a alíquota de 7%, com relação a mercadorias adquiridas de terceiros, portanto, não fabricados pelo estabelecimento industrial da empresa, em desacordo com o disposto no artigo 51, § 1º, inciso I, do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97 e art. 16, inciso I, alínea “c”, da Lei nº 7.014/96 c/c o § 1º, inciso I, do mesmo artigo.

Precisamente, em recente decisão da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal proferida nos termos do Acórdão CJF Nº 0315-11/15, o entendimento firmado apontou no sentido de que, é inaplicável o benefício quando as vendas se referirem a mercadorias produzidas por terceiros, inclusive empresa do mesmo “grupo empresarial”.

A ementa do referido Acórdão apresenta o seguinte enunciado:

ACÓRDÃO CJF Nº 0315-11/15

EMENTA: ICMS. ALÍQUOTA. ERRO DE APLICAÇÃO. VENDAS DE MERCADORIAS POR

*ESTABELECIMENTO ATACADISTA FILIAL DE INDÚSTRIA A CONTRIBUINTES MICROEMPRESAS, EMPRESAS DE PEQUENO PORTE E AMBULANTES. MERCADORIAS PRODUZIDAS POR TERCEIROS. A adoção da alíquota de 7%, por estabelecimento atacadista filial de indústria, nas vendas a microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes, inscritos como tais no cadastro estadual é condicionada a que as mercadorias tenham sido produzidas pela própria empresa. Exegese do artigo 16 da Lei nº 7.014/96. Inaplicável o benefício quando as vendas se referirem a mercadorias produzidas por terceiros, inclusive empresa do mesmo “grupo empresarial”. Não acolhidas as preliminares de nulidade. MULTA. Falta de competência deste Conselho para apreciar a constitucionalidade de Lei. Determinação contida no artigo 167 do RPAF. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVADO. Decisão unânime*

*Efetivamente, tratando-se o autuado de filial atacadista de estabelecimento industrial apenas as operações de saídas realizadas com mercadorias industrializadas por estabelecimentos pertencentes à mesma empresa – indústria Arcelormittal Brasil S.A. – destinadas a microempresa, empresa de pequeno porte e/ou ambulantes poderão ocorrer com a aplicação da alíquota de 7%, na forma prevista no art. 51, § 1º, inciso I, do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97 e art. 16, inciso I, alínea “c”, § 1º, inciso I da Lei nº 7.014/96.*

*Por certo que se tratando de mercadorias oriundas de empresa do mesmo “grupo empresarial”, no caso Belgo Bekaert Nordeste S/A, CNPJ básico 14.044.853, Belgo Bekaert Arames Ltda. CNPJ básico 61.074.506, Manchester Tubos e Perfilados S/A, CNPJ básico 25.878.901, e Soluções em Aço Usiminas S/A, CNPJ básico 42.956.441, conforme consignado pelo autuante, é inaplicável a alíquota de 7%, prevista no art. 51, § 1º, inciso I, do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97 e art. 16, inciso I, alínea “c”, § 1º, inciso I da Lei nº 7.014/96. Tais estabelecimentos não pertencem a mesma empresa do autuado, cujo CNPJ básico é 17.469.701. Ou seja, esses estabelecimentos fabris pertencem ao mesmo grupo empresarial – conforme aduzido pelo autuante – entretanto, não pertencem à mesma empresa. Vale dizer que, apesar de pertencentes ao mesmo grupo empresarial, cada estabelecimento possui um CNPJ básico próprio, portanto, não se confundem com estabelecimentos pertencentes à mesma empresa – em que os estabelecimentos possuem o mesmo CNPJ básico.*

*O art. 51, I, “c”, § 1º, I, do RICMS-BA estabelece para aplicação da alíquota de 7%, que os produtos sejam fabricados por estabelecimento da mesma empresa. Assim sendo, considerando que nas operações arroladas neste item da autuação essa condição indispensável não foi atendida, resta evidente a irregularidade incorrida pelo autuado ao aplicar a alíquota de 7% nas saídas de mercadorias não fabricadas por estabelecimento da mesma empresa.*

*Cumpre observar que, apesar de a aplicação da alíquota reduzida ir ao encontro aos ditames constitucionais que favorecem as microempresas, empresa de pequeno porte e ambulantes, esse fato, por si só, não justifica a utilização da alíquota de 7% nos casos em que as mercadorias não tenham sido industrializadas por estabelecimento da mesma empresa.*

*Diante disso, a infração 2 é parcialmente subsistente – em face da exclusão da exigência referente ao exercício de 2013, pelas razões acima aduzidas - no valor de R\$161.476,74, conforme demonstrativo elaborado pelo autuante.*

*Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.*

A 1ª JJF interpôs Recurso de Ofício de sua Decisão.

Inconformado, com fundamento no art. 169, I, “b” do Decreto nº 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), o contribuinte interpôs Recurso Voluntário às fls. 252 a 271, mediante o qual aduz as seguintes alegações.

Argui, preliminarmente, a nulidade do lançamento, naquilo que se refere às infrações 01 e 03. Alega que, em momento algum, a Fiscalização sequer apontou os citados dispositivos legais como fundamento do lançamento, em flagrante violação aos artigos 146 e 149 do CTN. Diante de tal fato, afirma que apresentou alegação de nulidade dos fatos imputados como infrações 01 e 03 em razão da indevida inovação dos fatos e fundamentos que amparam o lançamento, com evidente afronta às normas do CTN acima citadas. Explica que, ao analisar o aludido argumento, a d. Junta de Julgamento entendeu que o i. Auditor Fiscal “não trouxe uma situação nova e muito menos uma readequação para novos critérios jurídicos, diferentes daqueles até então sustentados, mas sim uma explicação, uma manifestação de entendimento sobre o procedimento correto que deveria ter sido adotado pelo autuado”. Alega que não pode prevalecer, contudo, o entendimento em questão sustentado pela decisão recorrida.

Argumenta que alegou, embasando-se em amostragem de notas fiscais que acobertaram operações com itens variados abrangidos pela autuação, que o imposto, seja ele incidente na

operação própria que praticou, seja nas operações subsequentes, já havia sido recolhido nas operações anteriores de entrada dos aludidos itens, sob a incidência do ICMS-ST. Nesse contexto, o i. Auditor Fiscal foi enfático ao afirmar que a autuação procede, ou seja, há de subsistir o Auto de Infração, mesmo na hipótese de recolhimento de todo o tributo na operação anterior, na medida em que a Recorrente deveria ter homogeneizado os procedimentos de recolhimento da exação, devendo se creditar tanto do ICMS comum quanto do ICMS-ST recolhido pelo fornecedor e, na ocasião da saída da mercadoria, debitar o ICMS próprio e ICMS-ST devidos.

Argumenta que é exatamente esse procedimento que está previsto no artigo 356, §3º RICMS/97 ou artigo 291 do RICMS/12, que foi invocado pelo i. Auditor Fiscal para justificar a manutenção da autuação.

Conclui, assim, ser evidente a alteração dos fundamentos jurídicos adotados inicialmente pela Autuante, na medida em que trouxe novos elementos a sustentarem a Autuação, para fins de garantir a sua manutenção, e não com intuito de explicar o procedimento que entenderia adequado, como restou consignado na r. decisão combalida.

Neste contexto, porém, entende fazer-se necessário, novamente, recorrer ao mandamento contido no artigo 146 do CTN, que limita a atividade de lançamento em casos tais, transcreve o dispositivo legal invocado. Transcreve doutrinas de Luciano Amaro e Ricardo Lobo Torres, em apoio aos seus argumentos.

Afirma que não se trata, como se vê, de uma regra que proíbe pura e simplesmente o exercício do lançamento, em razão da modificação de critério jurídico, mas que assegura a aplicabilidade de novo critério, para este fim, somente a fatos geradores ocorridos posteriormente a sua introdução, tenham, ou não, já sido objeto de lançamento. Quanto a fatos geradores já lançados, portanto, a norma assegura a imutabilidade da interpretação da administração (e do próprio lançamento, tal qual efetuado, se ainda subsistir), ainda que a modificação de critérios tenha origem em decisão judicial ou administrativa contrária à exegese original; e, se não, igualmente não poderia fazê-lo antes da introdução do referido critério.

Ensina que o CTN pretendeu, com isto, assegurar a estabilidade e segurança da relação fisco-contribuinte. Com efeito, é assente na doutrina e na jurisprudência que o erro de direito, ou seja, o equívoco cometido pela administração na aplicação da lei, não pode ensejar a revisão do ato administrativo, mormente o ato de lançamento concretamente efetivado contra determinado sujeito passivo, mesmo que mediante critério posteriormente reputado como equivocado, como ocorre *in casu*. Transcreve as doutrinas de Gilberto de Ulhoa Canto e Paulo de Barros Carvalho.

Argumenta que tanto é assim que o citado artigo 149 do CTN, não contempla em seus incisos nenhuma hipótese de erro de interpretação, para viabilizar a revisão, de ofício, do lançamento. Essa conclusão – da impossibilidade da revisão do lançamento já efetivado por erro de direito – deriva justamente do fato de que o citado artigo 146 garante a imutabilidade do critério jurídico adotado, em relação a determinado contribuinte de forma concreta, gerando legítima expectativa de que não poderia sofrer novo lançamento por mera conveniência do Fisco, mesmo que superado o critério inicialmente empregado por este. Volta a transcrever a doutrina de Luciano Amaro.

Afirma que a vedação da revisão de ato de lançamento em casos tais vem sendo confirmada pela jurisprudência pátria de forma pacífica. Explica que o tema já foi apreciado pelo C. Superior Tribunal de Justiça em recurso submetido ao rito do artigo 543-C do Código de Processo Civil, cuja ementa, do respectivo julgado, transcreve.

Portanto, entende que não há como prevalecer os créditos tributários relacionados às supostas Infrações n.ºs 01 e 03, anteriores à modificação do critério jurídico anteriormente fixado pelo Fisco, conforme manifestação clara do i. Relator quando consignou que “a autoridade autuante revelou uma situação nova”, como novo “motivo”, se tratando esse de “aspecto substancial”, que “deixou de ser declarado na descrição das infrações”, sob pena de afronta ao artigo 146 e 149 do CTN, o que a Recorrente espera ver reconhecido por esse E. Conselho de Fazenda.

Alega, também, nulidade dos autos de infração em questão por ausência de capituloção legal no que toca à responsabilidade da recorrente pelo pagamento das exigências. Explica que, caso superada a alegação de nulidade acima erigida, o que se admite apenas por argumentar, mesmo assim não devem prevalecer as infrações 01 e 03 imputadas à Recorrente.

Explica que, conforme se depreende do auto de infração, bem como no curso do contencioso instaurado, as mercadorias adquiridas pela Impugnante e relacionadas nas infrações 01 e 03 – vergalhão e arame recocido - estariam sujeitas à sistemática do regime de substituição tributária, devendo, em regra, o imposto correspondente à entrada da mercadoria no estabelecimento da Recorrente, bem como o tributo exigido nas operações subsequentes serem recolhidos, integralmente, nas etapas anteriores pelos substitutos tributários eleitos pela legislação.

Mesmo em relação ao produto arame recocido, ainda que o acórdão, ora recorrido, tenha afirmado que tal bem somente estaria sujeito ao regime de ICMS-ST, a partir do ano de 2013 (período no qual foi reconhecida a nulidade da integralidade do lançamento), fato é que, nos termos do artigo 289, do Decreto nº 13.780/2012 abaixo transcrito, não há dúvidas de que o aludido bem, desde o ano de 2012, já estava abarcado pelo regime de recolhimento em questão. Transcreve o art. 289 do RICMS/12 em apoio à sua tese.

Assim, uma vez que, insista-se, o recolhimento do tributo incidente na cadeia de circulação das mercadorias em questão deveria ter sido efetuado nas etapas anteriores à entrada dos bens no estabelecimento da Recorrente, para justificar a responsabilidade tributária desta última, teria a autuação elencado como dispositivos legais aplicáveis o artigo 2º, II, e o artigo 8º, II, ambos da Lei Estadual nº 7.014/96, que trata do ICMS no âmbito do Estado da Bahia, cujos textos reproduz. Acontece que, *in casu*, após a instrução do processo, ao afastar o argumento da Recorrente de que o imposto lançado, relativamente ao ano de 2012 (e que compreendia apenas a aquisição das duas mercadorias citadas acima), já havia sido recolhido nas operações anteriores à entrada das mercadorias em seu estabelecimento, este i. Conselho, por intermédio da decisão, ora recorrida, asseverou que, pelo menos em relação ao Vergalhão, embora quando de seu fornecimento todo o imposto devesse ter sido recolhido pelo regime da substituição, por força do Protocolo ICMS de nº 190/2009, assim não ocorreu.

Dessa forma, afirma restar claro que a imputação da falta de recolhimento do imposto escorou-se no § 5º do dispositivo em comento (artigo 8º, da Lei nº 7.014/96) - e não nos citados incisos II dos artigos 2º e 8º (adotado como fundamentação pela autuação), transcritos.

Por conseguinte, a Autoridade Autuante deveria ter feito constar no Auto de Infração, como enquadramento normativo a dar guarida à sua pretensão, o §5º, do artigo 8º da Lei Estadual nº 7.014/96. Nesse diapasão, argumenta que a falta de amparo legal para o lançamento em questão caracteriza ausência de lançamento válido, quanto aos respectivos fatos geradores, pelo fato da Fiscalização não ter exaurido o cumprimento de todos os requisitos para o ato administrativo consubstanciado no lançamento.

Argumenta que, nos termos do artigo 142 do Código Tributário Nacional, a atividade de lançamento é vinculada. Ora bem, a atividade administrativa é vinculada porque deve a Administração Pública agir somente quando respaldada por lei e nos seus exatos limites (princípio da legalidade). Neste contexto, entende ser essencial - até em homenagem ao princípio da legalidade estrita, na seara tributária que o ato de lançamento apresente a exata fundamentação legal na qual se encontra amparada a sua pretensão, cabendo ao contribuinte apresentar uma defesa específica que demonstre, especificamente, a inaplicabilidade da sua situação ao citado dispositivo legal, sob pena de prejuízo ao contraditório.

Com efeito, ante a inexistência de demonstração, no corpo da autuação, do dispositivo legal que ampararia o lançamento e evidenciaria a responsabilidade da Impugnante quanto ao recolhimento do imposto incidente sobre as mercadorias identificadas como Vergalhão e Arame Recocido (cuja aquisição desacompanhada da retenção do ICMS – ST e ausência de recolhimento do imposto próprio ensejou as infrações 01 e 03), que se encontram sujeitos à sistemática de substituição tributária, deve esse E. Órgão Julgador declarar a nulidade do presente lançamento,

nesta parcela (Infrações 01 e 03), com base na fundamentação acima exposta.

Afirma que o artigo 2º, II e artigo 8º, II, da Lei Estadual nº 7.014/96 não são capazes de servir de capitulação legal à responsabilidade da Autuante, visto tratarem-se, a bem da verdade, de norma geral que deve ceder espaço diante de norma de índole específica, qual seja, o §5º do mesmo artigo, conforme determina a aplicação do princípio da especialidade. Argumenta que os pre citados incisos II dos artigos 2º e 8º atribuem genericamente a responsabilidade tributária pelo recolhimento do imposto, sob o regime comum de apuração, bem como da substituição tributária, respectivamente, ao contribuinte baiano que alienar determinados produtos.

Por outro lado, o §5º traz outra norma mais específica ao determinar que, nas hipóteses de operações interestaduais que estiverem sob o regime do ICMS-ST, por força de convênio ou protocolo, o substituído tributário em território baiano será solidariamente responsável pelo recolhimento do imposto com o substituto, o que, como visto, foi a premissa de que partiu a Fiscalização para responsabilizar a Recorrente e se amolda, perfeitamente, ao caso em tela.

Neste contexto, à míngua da correta indicação de fundamento legal para abalizar a cobrança de ICMS e seus consectários legais em face da Autuada, ora substituída tributária, quanto aos fatos geradores ocorridos, é de ser decretada a nulidade da autuação, nesta parcela, ou seja, em relação às exigências capituladas nos itens 01 e 03.

Argumenta, ainda, que, admitida que seja, a sua responsabilidade em relação às infrações 01 e 03, capituladas na autuação, não há, ainda, amparo legal para lhe imputar o pagamento da multa isolada, nesta parcela, prevista no artigo 42, II, da Lei nº 7.014/96 (cujo texto transcreve), equivalente a 60% do valor do imposto não recolhido. Afirma que se extrai, do § 5º, do artigo 8º da Lei em comento (que serviria de embasamento para o lançamento), que a responsabilidade se opera somente quanto ao “imposto devido”.

Até porque, argumenta, a penalidade isolada aplicada em apreço decorre de uma conduta que sequer materialmente poderia ser praticada pela ora Recorrente, pois o citado artigo 42, II, prevê que a multa se torna devida “em razão de registro de operação ou prestação tributada como não tributada...”. Porém, se a operação em tela estava sujeita ao regime da substituição tributária, caberia ao fornecedor registrá-la como operação tributável. É dizer, a saída praticada pela empresa, por natureza, amolda-se na espécie de “saída não tributada”, porque “com tributação encerrada”, em virtude do regime legal da substituição. Se o regime não foi observado pelo fornecedor, no máximo e caso se entenda possível, *ad argumentandum tantum*, entende que se deve imputar à Recorrente apenas a responsabilidade pelo pagamento do imposto.

Com efeito, em relação às sanções, de uma forma geral, dispõe expressamente a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XLV, que a “pena não passará da pessoa do condenado”, mandamento este conhecido como princípio da personalização da pena, cujo objetivo seria obstar a perpetuidade das pretensões punitivas do Estado. Ensina que pretendeu a Carta Magna atribuir somente àquele que deu causa à violação do dever jurídico as consequências (sanções) respectivas, repelindo a idéia de que terceiro possa ser responsabilizado por ato ou fato a que não deu causa. Especificamente na esfera tributária, o princípio encontra-se insculpido nos artigos 132 e 133 do CTN, que determinam que os sucessores são responsáveis pelos tributos devidos pelos sucedidos, mas não pelas penalidades.

Assim, conclui que a penalidade imposta não poderia em hipótese alguma ser transferida para o coobrigado tributário, sob pena de admitirmos a punição por falta cometida por outrem, situação não permitida em nosso sistema jurídico. Portanto, mesmo dispondo a legislação que a Recorrente deva responder solidariamente com o Substituto tributário, não se poderia interpretar tais disposições de tal forma a permitir a transmissão da penalidade aplicada em decorrência de ato ilícito de terceiro, sob pena de violação ao artigo 112 do CTN, pelo qual a interpretação da lei tributária que define infrações ou sancione penalidades, deve ser feita da maneira mais favorável ao autuado. Transcreve julgados em apoio ao seu ponto de vista.

Defende, bem por isso, ante a impossibilidade de transmissão da penalidade aplicada em

decorrência de ato ilícito de terceiro à Recorrente, o cancelamento da multa isolada como medida inarredável, ao menos em relação a ela.

Quanto à Infração 02, alega que, no mérito, não assiste razão ao lançamento fiscal no que toca à infração 02. Alega que, conforme artigo 16, da Lei nº 7.014/96 a alíquota minorada aplica-se nas operações com mercadorias advindas de estabelecimentos industriais neste Estado, praticadas por pessoas jurídicas submetidas ao regime normal de apuração, para micro, empresas de pequeno porte ou ambulantes, inscritos como tal. Mas as operações entabuladas por filial atacadista, que comercialize produtos industrializados por outro estabelecimento da pessoa jurídica de que faz parte, também se sujeitam à alíquota reduzida de 7%, justamente em virtude da intenção legal em se privilegiar pessoas jurídicas estabelecidas no Estado, ainda que por empresas comerciais, e os destinatários que se utilizam de regime tributário simplificado (micro empresas, empresas de pequeno porte e ambulantes).

Por esse motivo, inclusive, ao equiparar a filial atacadista a estabelecimento industrial, entende que não há indicação na norma de que somente os produtos industrializados pelo estabelecimento industrial do conglomerado daquela teriam redução. Afirma que, da mera interpretação literal do texto, evidencia-se que a filial atacadista cuja matriz desenvolva atividade industrial é tida como estabelecimento industrial, para fins de aplicação da alíquota prevista no artigo 16, inciso I da Lei nº 7.014/96. Afirma que não há qualquer outra restrição para que a operação se utilize da alíquota de 7% (sete por cento), desde que a filial, dentre a gama de produtos que comercializa, promova saída de bens produzidos por sua unidade industrial, com destino à microempresas, empresas de pequeno porte ou ambulantes.

Como declinado no relatório fiscal, explica que as operações questionadas foram realizadas a partir da filial atacadista da ora Recorrente - vinculada à matriz que realiza atividades industriais, não havendo na norma suscitada discrímem em relação às operações com mercadorias de pessoas jurídicas industriais por interposta pessoa jurídica industrial. Assegura que o fato das mercadorias terem sido adquiridas de terceiros não invalida o 'benefício', à medida que as operações de saída se deram por filial atacadista, sujeita ao regime normal de apuração do imposto, de empresa industrial, a esta natureza equiparando-se, portanto, para empresas com regime tributário diferenciado, perfazendo todas as condições previstas na norma.

Argumenta que a finalidade da norma - que deve guiar a sua interpretação -, não deixa de ser alcançada pelo fato da mercadoria industrializada remetida para empresas diferenciadas ter sido produzida por pessoa jurídica formalmente diversa daquela que diretamente as comercializa. Até porque o foco da benesse fiscal são os destinatários das mercadorias, exigindo-se que os produtos destinados a micro empresas, empresas de pequeno porte e ambulantes tenham seu valor reduzido em correspondente ao benefício resultante da adoção da alíquota de 7% em vez da de 17%, com indicação do 'desconto' no respectivo documento fiscal, conforme indicado na norma de referência.

Dessa forma, conclui que não é de prevalecer, no mérito, a autuação quanto à infração 02.

Por fim, caso ultrapassadas as alegações supra, defende que há que se reconhecer a natureza confiscatória da multa imposta, no importe em 60% (sessenta por cento) da exação tida por devida. Ressalta que não pode este i. CONSELHO se furtar ao exame dessa matéria, já que o exame da constitucionalidade das leis no âmbito do controle de legalidade ínsito aos órgãos administrativos revisores do lançamento tributário (que é, afinal, ato administrativo), insere-se no poder de autotutela da administração, *vis a vis* o dever de guarda da Constituição atribuído inclusive aos Estados, quer seja através do Poder Executivo, quer seja dos Poderes Legislativo e Judiciário. E sob o ponto de vista da cláusula constitucional que veda o efeito confiscatório (art. 150, IV), não é de prevalecer a sobredita penalidade.

Argumenta que o legislador constituinte, ao vedar o confisco, referiu-se à obrigação tributária principal e não especificamente ao tributo, o que conduz a uma interpretação extensiva, que amplia o campo de abrangência do princípio em tela para as penalidades (multas). Sobretudo porque, qualquer que seja a origem de uma determinada sanção administrativa, há que se

observar, quanto à sua aplicação, o princípio da proporcionalidade (um dos aspectos do princípio da razoabilidade, emanado do art. 5º, LIV, da Constituição, por se tratar do aspecto substancial do due process of law), obstando a imposição desmedida de penalidades, sem ponderação quanto às circunstâncias materiais da infração. Cita a doutrina de Odete Medauar e transcreve julgados do STF.

Arremata a sua peça recursal, afirmando que, quando a multa agride desproporcionalmente o patrimônio do contribuinte, caracteriza-se a exigência como confisco indireto e, por isso, deve ser afastada.

Isto posto, requer a Recorrente a reforma da r. Decisão combalida para que, em relação às infrações 01 e 03, inicialmente, seja reconhecida a nulidade do lançamento, ante os argumentos lançados nos itens 07 a 12, dando-se provimento, ainda, ao presente recurso para que seja cancelada a autuação, no tocante à infração 02, com base no item 14 supra. Sucessivamente, caso não seja acatado o pedido supra, requer-se a reforma da decisão recorrida, para que seja determinada a revisão do lançamento com a extinção das multas isoladas cominadas em relação às infrações 01 e 03, ante a ausência de responsabilidade da Recorrente para responder por tais penalidades, conforme demonstrado no item 13.

Por fim, pede a Recorrente que esse E. Conselho dê provimento ao presente recurso e determine a reforma da decisão recorrida com a redução da penalidade imposta a patamares condizentes com o princípio que veda o efeito de confisco dos atos de lançamento adotados pelas Autoridades Fiscais, assim como demonstrado no item 15 supra.

Nestes Termos, pede deferimento.

Às folhas 299/300, esta 2ª CJF deliberou por converter o feito em diligência, com vistas a que o autuante adotasse as seguintes providências: 1) Intimar o sujeito passivo a apresentar demonstrativo mensal, relacionando todos os documentos fiscais de entrada, relativos às aquisições de “vergalhão” no período autuado, com a identificação das notas fiscais respectivas e o valor do ICMS-ST pago, em relação ao qual não tenha se apropriado do crédito; 2) Examinar o demonstrativo apresentado, validando ou não os dados fornecidos; 3) Caso fique comprovado o pagamento do ICMS-ST nas aquisições listadas, refazer o demonstrativo de débito da Infração 03, concedendo o crédito do valor total pago, em cada mês, do imposto incidente nas operações subsequentes com o vergalhão.

Tendo sido intimada para apresentação do demonstrativo mensal, o Sujeito Passivo apresenta manifestação à folha 305, solicitando dilação do prazo (por mais trinta dias) para atendimento do quanto solicitado.

Transcorrido o prazo concedido, o Sujeito Passivo voltou a se manifestar, à folha 309, solicitando mais vinte dias de prazo.

Às folhas 313/314, o Sujeito Passivo solicita a concessão de mais vinte dias de prazo.

Às folhas 317, o Sujeito Passivo apresenta mais uma manifestação nesse mesmo sentido, qual seja, a concessão de mais vinte dias de prazo.

Finalmente, após quase três meses após a intimação, o Sujeito Passivo apresenta manifestação às folhas 320/322, aduzindo o que segue.

Informa que, em atendimento à intimação, preparou a planilha que identifica, inclusive a partir das notas fiscais, as operações que promoveram as entradas das mercadorias em tela no estabelecimento autuado, declinando o valor do ICMS que foi recolhido pelo regime da substituição. Acosta planilha à folha 321.

Argumenta que se foi adotada, efetivamente, na operação de entrada, a sistemática da substituição tributária, com o destaque do ICMS de toda a cadeia subsequente, força é convir que, na hipótese de prevalecer o entendimento de que é legítimo ao Estado da Bahia exigir o imposto novamente, na saída, há que se possibilitar, também, o creditamento, pela Recorrente, do valor do ICMS-ST anteriormente recolhido, sob pena de se referendar o enriquecimento sem causa do

Estado. Com efeito, no regime da substituição, há um adiantamento do imposto ao Estado, ficando evidente que se estamos falando do mesmo imposto (aquele recolhido na entrada e aquele exigido na saída), faz-se necessário compensar um valor com outro, sob pena de seu recolhimento em duplicidade.

Afirma que, a rigor, conforme leciona a doutrina, a substituição tributária visa antecipar o imposto – e não criar imposto. Ademais, de igual modo, entende que é patente a ilegitimidade das exigências de ICMS-ST que recaíram sobre operações de remessa de mercadorias para consumo do cliente, sem que haja saída subsequente. Transcreve, à folha 321, os dados das notas fiscais 49399 e 53696, em apoio aos seus argumentos.

Argumenta que, conforme amplamente visto, a substituição tributária visa à antecipação do imposto que seria devido nas operações internas subsequentes com esses itens e, no caso de item para consumo do adquirente, por óbvio, inexistem tais operações a justificar a exigência do imposto.

Diante do exposto, ratifica os termos de seu recurso, requerendo que na hipótese de se entender pela legitimidade da exigência do imposto já recolhido por substituição, seja considerado como crédito esse valor anteriormente recolhido.

Nestes Termos, pede deferimento.

Às folhas 325/326 (frente e verso), o Autuante presta informação fiscal, aduzindo o que segue.

Explica que a empresa foi intimada para apresentar relação das notas fiscais de entrada de vergalhão com os valores de ICMS-ST efetivamente pagos, conforme determinação da diligência fiscal. Informa que, apesar de todo o prazo concedido, a empresa não cumpriu a diligência solicitada, tendo apenas apresentado um requerimento onde reitera os termos do recurso apresentado e, no corpo desse requerimento, lista oito notas fiscais de saída, onde teria sido pago o ICMS-ST, que não guarda relação com o objeto desta infração. Informa que a empresa listou, também, duas notas fiscais onde ficaria patente a ilegitimidade da exigência do imposto lançado sobre operações de remessa de mercadorias para consumo do cliente.

Argumenta que o consumo do cliente é operação de venda para terceiro (inclusive o CFOP utilizado é o 5405).

Como o Contribuinte não cumpriu o solicitado, explica que os itens 02 e 03 da solicitação de diligência ficaram prejudicados.

Com relação ao julgamento das infrações do exercício de 2013, como nulas por falta de documentos que as comprovassem (já que teriam faltado as planilhas e demonstrativos), apresenta discordância da decisão de piso, informando que, no nome do arquivo, não consta a identificação do exercício de 2013, porém a planilha EFD-ItensSaídaIcms apresenta todos os demonstrativos necessários para o período, no mesmo formato do ano de 2012.

Pugna pela procedência integral do lançamento nos termos em que foi constituído.

Às folhas 330/332, o Sujeito Passivo apresenta nova manifestação, aduzindo o que segue.

Assegura que atendeu o quanto solicitado na intimação expedida pelo diligente, oportunidade em que apresentou planilha, evidenciando as operações que promoveram a entrada de mercadorias no estabelecimento autuado, com indicação do valor do ICMS que foi recolhido pelo regime de substituição, com relação aos itens que remanesceram, conforme determinou este Conselho.

Alega que o fiscal autuante não compreendeu o teor da diligência, pois reportou-se, por óbvio, a operações que promoveram a entrada dos itens autuado em seu estabelecimento (notas fiscais de saída do fornecedor), com o destaque do ICMS-ST, cujo valor tem direito a se creditar, não cabendo fazer menção, neste momento, às operações autuadas, já que não resta dúvida de que, quanto a essas, o imposto não foi recolhido. Ratifica os argumentos já deduzido em sua peça recursal. Alega que foi o autuante que não cumpriu o quanto solicitado na diligência.

Quanto à alegação de que caberia exigência de ICMS-ST nas vendas para terceiros, explica que em

tais operações não há operação subsequente, o que inviabiliza a exigência de imposto correspondente.

Quanto à nulidade declarada pela JJF, ratifica os seus argumentos, reafirmando que não há elementos que permitam identificar os documentos e valores que fundamentam a autuação.

Ratifica os termos do seu recurso.

Termos em que pede deferimento.

À folha 336, a inspetora fazendária da IFEP-SUL ratifica que o arquivo EFD\_ItensSaidaIcms.xls se encontra no CD à folha 31 do presente processo, devidamente gravado em 01/04/15, às 15:51h, cujo conteúdo satisfaz os elementos do respectivo lançamento, em que pese a sua nomenclatura ter induzido ao erro do seu conteúdo. Entende que o CD está apto à análise.

As folhas 338/341, o Sujeito Passivo apresenta petição, mediante a qual requer a juntada de planilhas que identificam as entradas dos itens autuados, a partir das notas fiscais, com os valores destacados de ICMS-ST, com vistas a que seja calculado o crédito conforme determinado pela diligência.

## VOTO

No pertinente ao Recurso de Ofício, observo que a decisão da 1ª JJF (Acórdão JJF Nº 0196-01/16) desonerou parcialmente o sujeito passivo, reduzindo o débito lançado de R\$964.384,45 para o montante de R\$376.889,67, em valores históricos, o que resultou na remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta corte, restando cabível o presente recurso.

Quanto ao mérito do Recurso de Ofício, a redução do valor lançado decorreu da decretação da procedência parcial das infrações 01, 02 e 03, sendo este o objeto do presente recurso.

Observo que, a despeito de a redução perpetrada pela 1ª JJF ter alcançado as três infrações, tal decisão teve uma única motivação, qual seja, a ausência de demonstrativos de débito relativos ao exercício de 2013, para todas as infrações, conforme se pode depreender da leitura do voto de piso, em trecho às folhas 237/238, que destaco abaixo, .

*“Entretanto, apesar de não ter sido arguido pelo impugnante, por dever de ofício, constato a existência de um vício insanável que inquina de nulidade os lançamentos atinentes às infrações 1, 2 e 3, no exercício de 2013.*

*Conforme relatado, a autuação abrange os exercícios de 2012 e 2013 nas três infrações. Ocorre que o autuante somente apresentou ao contribuinte e trouxe aos autos, os elementos referentes ao exercício de 2012, conforme CD acostado à fl. 31 dos autos. Ou seja, inexistem elementos que possibilitem a análise dos valores consignados pelo autuante no Auto de Infração atinentes às infrações 1, 2 e 3, no exercício de 2013, tanto pelo contribuinte quanto pelo órgão julgador.*

*Verifica-se no documento acostado à fl. 30 dos autos, no caso “Recibo de Arquivos Eletrônicos”, que na relação dos arquivos recebidos pelo autuado consta apenas o arquivo referente ao exercício de 2012, EFD e Termo de início, inexistindo qualquer registro quanto ao exercício de 2013. Nem mesmo em papel os elementos - planilhas, demonstrativos, etc. – que permitissem identificar os documentos e valores que fundamentaram a autuação quanto a este exercício foram acostados. Há apenas um demonstrativo sintético, à semelhança do demonstrativo no Auto de Infração que não possibilita qualquer análise sobre as condutas infracionais imputadas ao autuado no exercício de 2013.*

*Por certo que a ausência de elementos necessários e indispensáveis ao exercício do direito de ampla defesa e do contraditório do contribuinte implica em cerceamento de defesa e, por consequência, em nulidade da autuação, conforme estabelece o art. 18, IV, “a”, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF) aprovado pelo Decreto n. 7.629/99.*

*Assim sendo, no que concerne ao exercício de 2013, as infrações 1, 2 e 3, são nulas. Recomendo a autoridade competente que analise a possibilidade de renovação dos atos, a salvo de falhas, consoante manda o art. 21 do RPAF.”*

Examinando os autos, é possível notar que o CD citado, à folha 31, contém três arquivos distintos, denominados “2012”, “EFD\_ItensSaidaIcms” e “Termo de inicio”. O primeiro arquivo (“2012”) contém os demonstrativos de débito relativos ao exercício de 2012, relacionados às três infrações apuradas. Já o segundo demonstrativo (“EFD\_ItensSaidaIcms”) contém os demonstrativos de

débito relativos ao exercício de 2013, relacionados, também, às três infrações apuradas. Já o terceiro arquivo (“Termo de inicio”) contém o teor do termo de início da ação fiscal, lavrado pelo Autuante, em 06/02/2015.

É possível notar, igualmente, que o arquivo denominado “EFD\_ItensSaidaIcms” (com os demonstrativos de débito relativos ao exercício de 2013) foram devidamente entregues (junto às demais informações) ao Sujeito Passivo, no dia 07/04/2015, conforme atesta o “Recibo de Arquivos Eletrônicos”, acostado à folha 30 do processo.

Note-se, ademais, que não houve, por parte do Sujeito Passivo, qualquer alegação no sentido de ausência dos demonstrativos de débito relativos ao exercício de 2013 (motivo que deu fundamento à nulificação parcial do lançamento). Tal fato foi conhecido de ofício pela 1ª JJF, que realçou tal aspecto para decretar a nulidade das infrações citadas.

Em que pese, o arquivo “EFD\_ItensSaidaIcms” possua uma denominação que não denuncia o seu conteúdo, soa inadequado negar efeitos ao lançamento tributário, pois o Sujeito Passivo não sofreu qualquer prejuízo em face desse pequeno erro na designação do demonstrativo de débito, já que revelou conhecimento dos fatos que lhe foram imputados, desde a impugnação, oportunidade em que já afirmara que havia recolhido o imposto exigido no momento antecedente, quando das aquisições correspondentes, conforme se depreende a partir da leitura de trecho de sua peça impugnatória, à folha 41, abaixo reproduzido.

*“E no caso vertente houve, efetivamente, destaque e recolhimento do ICMS-ST nas operações antecedentes àquelas que ora são objeto de exigência fiscal, compreendendo, pois, tanto o ICMS da operação própria da Autuada quanto das operações subsequentes, não havendo que se falar, portanto, na falta de pagamento do imposto em qualquer das hipóteses.”*

Assim, entendo que a Decisão de piso revela-se equivocada, pois fundamentou-se numa suposta ausência de provas, que sequer foi ventilada pela Autuada. Ausência que, alías, não se coaduna com toda a argumentação desenvolvida pelo Sujeito Passivo, cuja atividade processual não sofreu qualquer prejuízo.

Como a decisão de piso deixou de examinar as provas acostadas ao processo, resultou que a cognição processual restou inconclusa, devendo, portanto, ser anulada para que outra venha a ser proferida, em prestígio ao duplo grau de jurisdição administrativa, garantido pelo RPAF/99.

*Ex-positis*, voto pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício para decretar a NULIDADE da Decisão de piso, devendo os autos retornar à Primeira Instância, ao tempo em que dou por PREJUDICADO o Recurso Voluntário.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso de Ofício interposto e considerar **PREJUDICADO** o Recurso Voluntário apresentado para decretar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº **279463.0001/15-8**, lavrado contra **ARCELORMITTAL BRASIL S.A.**, devendo os autos retornar à Primeira Instância.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de janeiro de 2019.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

LEONCIO OGANDO DACAL – REPR. DA PGE/PROFIS