

PROCESSO - A. I. N° 206912.0077/16-5
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e ARCELORMITTAL BRASIL S.A.
RECORRIDOS - ARCELORMITTAL BRASIL S.A. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 1^a JJF n° 0016-01/19
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 22/11/2019

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0275-12/19

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. Alegação defensiva de descaber a exigência fiscal por se tratar de remessa por conta e ordem do adquirente procede. Incabível, no caso, a exigência do ICMS ST. Infração insubstancial. **b)** IMPOSTO RETIDO E RECOLHIDO A MENOS. Acolhidas as arguições defensivas de inadequações das MVAs aplicadas no levantamento, bem como de existência de redução de base de cálculo para itens de mercadorias arroladas no levantamento levado a efeito pelo autuante. Diligência solicitada por esta Junta de Julgamento Fiscal, cumprida pelo próprio autuante, resultou nos ajustes corretos das MVAs. As reduções de base de cálculo foram objeto de correções tomando por base a nova planilha elaborada pelo autuante no cumprimento da diligência. Infração parcialmente subsistente. Não acolhimento da nulidade arguida. Indeferido o pedido de realização de perícia com fulcro no art. 147, II, “a” e “b” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF) aprovado pelo Decreto n° 7.629/99. Deferido o pedido de diligência. Rejeitada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recursos NÃO PROVIDOS. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recursos de Ofício (fl. 345) e Voluntário (fls. 355 a 361), interpostos em face do Acórdão n° 0016-01/19, da lavra da 1^a JJF deste CONSEF, que concluirá em 21/02/2019 pela Procedência Parcial da autuação, acarretando redução do montante do crédito tributário da ordem de R\$3.476.994,84.

Vale dizer, a Infração 01 foi integralmente excluída, uma vez que reconhecida a operação de simples remessa de mercadoria em venda à ordem, e a Infração 02 foi substancialmente reduzida, à vista da redução da base de cálculo aplicável às mercadorias comercializadas pelo Sujeito Passivo (arames e pregos).

O Auto de Infração, lavrado em 31/03/2016 e notificado eficazmente em 01/07/2017 (fl. 92), exigira ICMS, acréscimo moratório e multa no valor de R\$3.225.618,04, relativos a ocorrências apuradas entre os exercícios de 2011 a 2014 (fls. 1 e 2), em razão da constatação das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 01 (08.50.03) – Deixou de proceder o recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Irregularidade decorrente da divergência entre o imposto retido nas notas fiscais e o lançado nas GIAs ST e efetivamente recolhido, tudo conforme comprovação acostada no Anexo I do presente Auto de Infração.

INFRAÇÃO 02 (08.50.02) – Procedeu a retenção a menor do ICMS, e consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia.

Em julgamento realizado em 21/02/2019, a 2^a JJF acolheu em parte as alegações da Recorrente,

consoante voto condutor a seguir transcrito:

VOTO

Incialmente, cabe apreciar a alegação defensiva de nulidade do lançamento por ter o autuante na Informação Fiscal modificado o critério jurídico do lançamento. Alega o impugnante que houve mudança de critério jurídico ao se aduzir nas informações fiscais que os grampos e pregos gozam do incentivo da base de cálculo diminuta e depois ao se reconsiderar tal posição, mantendo-se a cobrança inicial. Neste sentido, invoca o art. 146 do CTN.

Por certo que não pode prosperar a pretensão defensiva. Conforme muito bem discorrido pelo autuante não houve variação de critérios jurídicos.

Na realidade, o lançamento de ofício não sofreu qualquer modificação na sua essência quando da Informação Fiscal prestada pelo autuante. Ou seja, não sofreu qualquer modificação que pudesse exigir a aplicação do art. 146 do CTN invocado pelo impugnante. A possibilidade de discussão do lançamento e possível revisão fiscal decorrente das controvérsias existentes em nada fere o lançamento.

Veja-se que as diligências e perícias fiscais invariavelmente são solicitadas pelo contribuinte ou pelo órgão julgador justamente para alcançar a verdade material, resultando, comumente, em ajustes dos levantamentos realizados, que não representam modificação dos critérios jurídicos que fundamentaram o lançamento original.

Diante disso, não acolho a nulidade arguida.

No tocante ao pedido de realização de perícia/diligência, cabe observar que a perícia se torna desnecessária no caso em exame, haja vista que a matéria é de pleno conhecimento dos julgadores que compõem esta Junta de Julgamento Fiscal, portanto, não dependendo do conhecimento especial de peritos, além do que as provas produzidas sem apresentam suficientes e necessárias para deslinde da autuação.

Diante disso, indefiro o pedido de realização de perícia com fulcro no art. 147, II, "a" e "b" do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Quanto ao pedido de realização de diligência, cumpre observar que esta Junta de Julgamento Fiscal, por haver constatado a procedência dos argumentos defensivos, converteu o feito em diligência, a fim de que o autuante procedesse aos ajustes necessários à solução da lide. A diligência foi cumprida a contento pelo autuante, conforme será verificado no exame do mérito da autuação.

No que concerne ao acontecimento processual que não costuma nortear o andamento regular dos processos administrativos tributários - conforme aduzido pelo autuante -, no caso o equívoco incorrido pelo órgão competente da repartição fazendária quando foi feita a intimação do PAF 2069120077/16-5 da Arcelormittal no dia 05/04/2016 e foi envelopado errado outro processo, pelo que a empresa foi reintimada presencialmente em 01/07/2016, com ciência na mesma data, reabrindo-se o prazo de defesa, por certo que a reintimação se fez necessária e indispensável, haja vista que não pode o contribuinte ser prejudicado no seu direito à ampla defesa e ao contraditório, em face de um equívoco incorrido pelo ente tributante.

Desse modo, considero desnecessária sob a óptica deste órgão julgador a solicitação de esclarecimentos adicionais acerca desse incidente, conforme suscitado pelo autuante, s.m.j.

No mérito, relativamente à infração 1, o impugnante alega que as notas fiscais objeto de análise pelo Fisco integram uma operação de remessa de mercadorias à ordem, na qual os bens adquiridos assim o foram por destinatários localizados fora do Estado da Bahia e entregues, a pedido destes últimos, em seus próprios estabelecimentos situados no território baiano.

Explica: conforme se infere no próprio campo "Informações Complementares" dos aludidos documentos fiscais, as mercadorias foram, assim, adquiridas por estabelecimento da empresa MVC Componentes Plásticos Ltda., localizado no Estado do Paraná, e entregue em estabelecimento desta última situado no Estado da Bahia.

Diz que assim sendo, se infere que a operação em questão pode ser segregada em duas etapas:

"(i) Circulação de mercadoria da Impugnante para o adquirente originário localizado no Paraná, operação esta que foi acompanhada do destaque e recolhimento do imposto devido (doc. 05) e, ainda;

(ii) Simples remessa física da mercadoria do estabelecimento da Impugnante para o estabelecimento do adquirente localizado no Estado da Bahia, a pedido / ordem do adquirente originário e sobre a qual pretende o Fisco fazer recair a exigência do ICMS ST."

A análise dos elementos que compõem este item da autuação permite constatar que assiste razão ao impugnante.

O artigo 340 do RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780/12 - norma emanada do Convênio S/N, de 15/12/70 e Ajuste SINIEF 01/87 - estabelece que:

Art. 340. Nas vendas à ordem, por ocasião da entrega global ou parcelada da mercadoria a terceiro, deverá ser emitida nota fiscal (Conv. S/Nº, de 15/12/70, e Ajuste SINIEF 01/87):

I - pelo adquirente originário, com destaque do ICMS, quando devido, em nome do destinatário das mercadorias, consignando-se, além dos demais requisitos, o nome do titular, o endereço e os números de inscrição, estadual e no CNPJ, do estabelecimento que irá efetuar a remessa;

II - pelo vendedor remetente:

a) em nome do destinatário, para acompanhar o transporte das mercadorias, sem valor das mercadorias e sem destaque do ICMS, na qual, além dos demais requisitos, constarão:

1 - como natureza da operação, a expressão “Remessa por conta e ordem de terceiro”;

2 - o número de ordem, a série e a data da emissão da nota fiscal de que trata o inciso I deste artigo, bem como o nome, o endereço e os números de inscrição, estadual e no CNPJ, do seu emitente;

b) em nome do adquirente originário, com destaque do ICMS, quando devido, na qual, além dos demais requisitos, constarão:

1 - como natureza da operação, a expressão “Remessa simbólica - venda à ordem”;

2 - o número de ordem, a série e a data da emissão da nota fiscal prevista na alínea “a”, bem como o número de ordem, a série, a data da emissão e o valor da operação constante na nota fiscal de que trata o inciso I.

A leitura do dispositivo regulamentar acima reproduzido permite constatar que, cabe ao vendedor remetente — no presente caso o autuado — emitir uma nota fiscal em nome do destinatário, para acompanhar o transporte das mercadorias, sem valor das mercadorias e sem destaque do ICMS, constando a operação, a expressão “Remessa por conta e ordem de terceiro”; e outra nota fiscal em nome do adquirente originário, com destaque do ICMS, quando devido. O autuado assim procedeu.

Portanto, no presente caso, descabe a exigência do ICMS ST conforme a autuação, sendo insubstancial a infração.

No que tange à infração 2, observo que o impugnante alega o seguinte:

- que as operações são regidas pelo Protocolo ICMS n. 26/10, celebrado entre a Bahia e Minas Gerais;*
- que procede a retenção do ICMS ST, aplicando a MVA;*
- que procede a retenção do ICMS DIFAL sem MVA;*
- que o autuante aplicou indistintamente o cálculo do ICMS ST com MVA “IND. MVA”;*
- que existem várias notas fiscais para consumidor final, sendo DIFAL não ICMS ST;*
- que o autuante desconsiderou benefício de redução da base de cálculo;*
- que parte considerável das mercadorias goza de redução da base de cálculo, na forma do Convênio ICMS 33/96 e art. 87 do RICMS/BA/97 e art. 266 do RICMS/BA/12, no caso códigos NCMs 72131000, 72171090, 72170020, 73170020, sendo a carga tributária de 12% e não 17%;*
- que a MVA original está equivocada, pois a partir de 2014 é de 44%;*
- que a MVA vigente era de 41%.*

Nas informações fiscais prestadas o autuante acolheu as alegações defensivas atinentes à existência de notas fiscais arroladas na autuação, cujas mercadorias são destinadas ao consumidor final, portanto, descabendo a exigência do ICMS ST, procedendo a exclusão dos valores.

Conforme relatado, esta Junta de Julgamento Fiscal, após análise e discussão sobre as razões defensivas e contestações do autuante, converteu o feito em diligência à IFEP COMÉRCIO, a fim de que o autuante ou outro Auditor Fiscal designado revisasse o levantamento atinente à infração 2, nos seguintes termos literalmente:

[...]

1.1. - no período de janeiro de 2011 até maio de 2013, calcular a MVA ajustada partindo da MVA ST original na forma do § 1º da cláusula terceira do Protocolo ICMS n. 26/2010, alterado pelo Protocolo ICMS n. 154/2010, devendo no cálculo da MVA ajustada ser observado que a “ALQ intra” é o coeficiente correspondente ao percentual da carga tributária efetiva de 12%, conforme previsto nos artigos 87, XXVI e 266, II, ambos do RICMS/BA/12, Decreto nº. 13.780/12.

Vale observar, a título de exemplo, que no levantamento originário levado a efeito pela Fiscalização o cálculo foi efetuado a mais, conforme se verifica na planilha de fl. 19 dos autos, Anexo II, a qual aponta na primeira linha a MVA de 52,18% quando a correta é a apurada na forma acima explicitada;

1.2. - a partir de junho de 2013, utilizar as MVAs ajustadas previstas no Anexo I do RICMS/BA/12, Decreto n. 13.780/12;

1.3. - elaborar novas planilhas e demonstrativos referentes à revisão fiscal realizada na forma dos itens 1.1 e 1.2.

O autuante cumpriu a diligência. O registro que fez quanto ao período da autuação no exercício de 2011 procede. Em verdade, a exigência fiscal neste exercício se inicia no mês de agosto e não em janeiro conforme consignado na diligência.

Na diligência realizada o ilustre Auditor Fiscal autuante observa que os fatos geradores praticados pelo sujeito passivo encontram regência no Protocolo ICMS nº 26/10, celebrado entre Minas Gerais e Bahia, alcançando produtos classificáveis como materiais de construção.

Esclarece que referido acordo interestadual foi logo depois alterado pelo Protocolo. ICMS nº 154/10, cujo objetivo foi inserir novas MVAs originais que seriam o ponto de partida para as MVAs ajustadas, em Anexo único do mencionado acordo.

Observa que com relação às mercadorias atingidas pelo lançamento em lide, as MVAs originais ali previstas redundariam nas seguintes MVAs ajustadas para a Bahia:

| NCM | MVA aj. (%) |
|-----------|-------------|
| 7213 | 40,56 |
| 7214.2 | 40,56 |
| 7217.20.9 | 47,95 |
| 7308.4 | 55,75 |
| 7317. | 49,01 |

Assinala que tais percentuais vigoraram até o advento do Protocolo ICMS 48/13, por meio do qual ficou estabelecido que as MVAs_ST originais seriam as indicadas em cada legislação interna da unidade federativa signatária.

Registra que no caso da Bahia, editou-se o Decreto nº 14.550/13, no qual novas MVAs originais foram publicadas e passaram a ser aplicadas a partir de 01.7.2013, transformando as MVAs ajustadas nos percentuais abaixo, também para os produtos arrolados na autuação:

| NCM | MVA aj. (%) |
|-----------|-------------|
| 7213 | 49,01 |
| 7214.2 | 49,01 |
| 7217.20.9 | 50,07 |
| 7308.4 | 84,88 |
| 7317 | 52,18 |

Reconhece que desse modo, há de fato necessidade de se proceder à revisão dos valores exigidos entre agosto de 2011 e junho de 2013, conforme solicitado na diligência, de sorte que o novo demonstrativo de débito passa a ser o que apresenta.

Como se observa o autuante cumpriu a diligência de forma escorreita. Entretanto, no tocante à aplicação da redução da base de cálculo pretendida pelo impugnante - acolhida na primeira Informação Fiscal pelo autuante e rejeitada em pronunciamento posterior - verifica-se que assiste razão ao autuado.

De fato, apesar de não ter sido suscitado pelo impugnante nas diversas oportunidades em que se manifestou, constata-se a existência de recente decisão sobre o mesmo tema e este mesmo contribuinte que figura no polo passivo do presente Auto de Infração, conforme pode ser observado na transcrição abaixo de excertos do voto proferido no Acórdão CJF Nº 0097-11/18:

[...]

Quanto à redução da base de cálculo, também acolho a argumentação do Recorrente. Os itens pregos e arames, classificados pelo contribuinte sob as NCM's 73170090 (pregos) e 72171090 (arames), são, expressamente, alcançados pelo regime de redução da base de cálculo pelo Regulamento do ICMS baiano, vigente à época da ocorrência dos fatos aqui discutidos.

REGULAMENTO DO ICMS DO ESTADO DA BAHIA 1997

SUBSEÇÃO XII

Das Demais Hipóteses de Redução da Base de Cálculo

Art. 87. É reduzida a base de cálculo:

IV - até 31/12/12, das operações internas com ferros e aços não planos a seguir indicados, de tal forma que a incidência do imposto resulte numa carga tributária de 12% (doze por cento) sobre o valor da operação (Conv. ICMS 33/96):

| CLASSIFICAÇÃO NA NCM | DESCRIÇÃO |
|-----------------------------|--|
| 7217 10 90 | <i>fios de ferro ou aços não ligados não revestidos, mesmo polidos</i> <i>Outros</i> |
| 7317 00 90 | <i>tachas, pregos, percevejos, escápulas, grampos ondulados ou biselados e artefatos semelhantes, de ferro fundido, ferro ou aço, mesmo com cabeça de outra matéria, exceto cobre</i> <i>Outros</i> |

A alegação do Autuante, em sua informação fiscal (fls. 84 e 85), acolhida pelo julgador de piso, de que o Recorrente equivocou-se no enquadramento dos “Arames” na NCM, ao adotar a posição 7217 10 90, quando o correto, no seu entendimento, deveria ser a posição 7313 0000, que descreveria textual e claramente os arames.

Vejamos a descrição da posição 7313 0000 da NCM: 7313 00 00 arame farpado, de ferro ou aço; arames ou tiras, retorcidos, mesmo farpados, de ferro ou aço, dos tipos dos utilizados em cercas

Observa-se que esta posição é específica para os produtos “utilizados em cerca”. Portanto, o entendimento do Autuante está equivocado e o Recorrente classificou corretamente o produto.

Modifico, portando a decisão de piso, reconhecendo a decadência para o período de 01/01/2011 a 06/07/2011, alterando a MVA, conforme Anexo Único do Protocolo ICMS 154/2010 e a redução da base cálculo conforme estabelece o artigo 87, IV do RICMS/97, remanescendo o valor de R\$2.512,39, referente aos fatos geradores a partir de 07/07/2011. [...]

Verifica-se da leitura da decisão acima reproduzida que a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal considerou que os itens pregos e arames, classificados pelo contribuinte sob os códigos NCMs 73170090 (pregos) e 72171090 (arames), são alcançados pela redução da base de cálculo, vigente à época da ocorrência dos fatos ali discutidos.

No presente caso, invocando a decisão acima esposada, assim como a legislação do ICMS vigente à época dos fatos objetos da autuação - agosto a dezembro de 2011, janeiro a dezembro de 2012, janeiro a dezembro de 2013, janeiro a dezembro de 2014 -, no caso o RICMS/BA/97, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, o RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780/12, e o Convênio ICMS 33/96, cabível, portanto, a aplicação da redução da base de cálculo no tocante às mercadorias com código NCM 7213, 7217, 7314 e 7317.

Observo que o autuado ao se manifestar sobre o resultado da diligência carreou aos autos planilha, em mídia eletrônica, na qual aponta em quais operações deveria ter sido observado o benefício da redução da base de cálculo, para apuração do imposto devido por substituição, explicando que para calcular qual seria a diferença eventualmente devida, bastando substituir o percentual de 17%, na coluna M, por 12%.

Na realidade, considerando a existência de redução da base de cálculo para os produtos com códigos NCMs 7213, 7217, 7314 e 7317, conforme explanado linhas acima, cabível a utilização da nova planilha elaborada pelo autuante no cumprimento da diligência, haja vista que já contém os ajustes das MVAs.

Assim sendo, partindo-se da planilha elaborada pelo autuante na revisão realizada e substituindo-se na coluna própria a alíquota de 17% para 12%, em face da redução da base de cálculo, o valor do ICMS ST devido passa para R\$94.490,76, conforme planilha acostada às fls. 291 a 314v e CD mídia de fl. 315 dos autos.

Diante do exposto, a infração é parcialmente subsistente no valor de R\$94.490,76, conforme o demonstrativo abaixo:

| Data Ocorr | Data Venc | Vlr Hist. (R\$)-Pós Julg. Exigido |
|-------------------|------------------|--|
| 31/08/2011 | 09/09/2011 | 2.347,96 |
| 30/09/2011 | 09/10/2011 | 616,92 |
| 31/10/2011 | 09/11/2011 | 2.955,51 |
| 30/11/2011 | 09/12/2011 | 4.831,33 |
| 31/12/2011 | 09/01/2012 | 3.462,37 |
| 31/01/2012 | 09/02/2012 | 5.333,97 |
| 28/02/2012 | 09/03/2012 | 3.235,10 |
| 31/03/2012 | 09/04/2012 | 6.744,99 |
| 30/04/2012 | 09/05/2012 | 5.499,74 |
| 31/05/2012 | 09/06/2012 | 5.295,83 |
| 30/06/2012 | 09/07/2012 | 6.922,83 |
| 31/07/2012 | 09/08/2012 | 6.443,92 |
| 31/08/2012 | 09/09/2012 | 4.751,01 |
| 30/09/2012 | 09/10/2012 | 5.400,63 |
| 31/10/2012 | 09/11/2012 | 6.333,77 |
| 30/11/2012 | 31/12/2012 | 3.493,29 |
| 31/12/2012 | 09/01/2013 | 1.428,84 |
| 31/01/2013 | 09/02/2013 | 2.917,80 |
| 28/02/2013 | 09/03/2013 | 0,00 |
| 31/03/2013 | 09/04/2013 | 0,00 |
| 30/04/2013 | 09/05/2013 | 0,00 |
| 31/05/2013 | 09/06/2013 | 0,00 |
| 30/06/2013 | 09/07/2013 | 0,00 |
| 31/07/2013 | 09/08/2013 | 0,00 |
| 31/08/2013 | 09/09/2013 | 0,00 |

| | | |
|--------------|------------|------------------|
| 30/09/2013 | 09/10/2013 | 0,00 |
| 31/10/2013 | 09/11/2013 | 0,00 |
| 30/11/2013 | 09/12/2013 | 0,00 |
| 31/12/2013 | 09/01/2014 | 0,00 |
| 31/01/2014 | 09/02/2014 | 0,00 |
| 28/02/2014 | 09/03/2014 | 0,00 |
| 31/03/2014 | 09/04/2014 | 0,00 |
| 30/04/2014 | 09/05/2014 | 4.877,21 |
| 31/05/2014 | 09/06/2014 | 0,00 |
| 30/06/2014 | 09/07/2014 | 7.333,80 |
| 31/07/2014 | 09/08/2014 | 1.494,69 |
| 31/08/2014 | 09/09/2014 | 2.769,25 |
| 30/09/2014 | 09/10/2014 | 0,00 |
| 31/10/2014 | 09/11/2014 | 0,00 |
| 30/11/2014 | 09/12/2014 | 0,00 |
| 31/12/2014 | 09/01/2015 | 0,00 |
| Total | | 94.490,76 |

Quanto à alegação defensiva atinente à multa aplicada, cumpre consignar que não se inclui na competência deste órgão julgador administrativo a declaração de inconstitucionalidade de ato normativo tributário estadual, conforme determina o art. 167, inciso I do RPAF/BA/99.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

Foi interposto o Recurso de Ofício para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal.

Regularmente intimada, a RECORRENTE interpôs Recurso Voluntário (fls. 355 a 361), por meio do qual aduziu em síntese:

- a) por se tratar, o lançamento tributário, de ato privativo da autoridade autuante (art. 142 do CTN), não competindo à instância julgadora refazer o ato, tendo em mira ainda o princípio da legalidade, e desconstituídas as premissas utilizadas pela Fiscalização para efetivar o lançamento, deve o mesmo ser declarado integralmente nulo;
- b) deveria ser, no mínimo, realizada a prova pericial requerida, uma vez que foram reconhecidas as premissas equivocadas da autuação, além do elevado número de operações abrangidas pela autuação, sendo que compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento (art. 142 do CTN);
- c) debate uma vez mais o caráter confiscatório da multa de ofício aplicada (no importe de 60% da exação tida por devida), aduzindo que o exame da constitucionalidade das leis no âmbito do controle de legalidade ínsito aos órgãos administrativos revisores do lançamento tributário insere-se no poder de autotutela da administração, portanto no dever de guarda da Constituição atribuído inclusive aos Estados, por qualquer dos seus Poderes, devendo-se observar o princípio da vedação ao efeito confiscatório (art. 150, inciso IV, da Constituição Federal), com esteio em doutrina e julgados de Tribunais Superiores que cita.

Recebidos os autos, foram a mim atribuídos em 29/08/2019, e os trago nesta sessão de 12/09/2019 para julgamento.

VOTO

Para melhor clareza, divido o Voto em dois capítulos: um atinente ao Recurso de Ofício, e outro atinente ao Recurso Voluntário.

RECURSO DE OFÍCIO

O Recurso de Ofício é cabível e adequado (art. 169, inciso I, alínea “a” do Decreto nº 7.629, de 9.7.1999 em sua atual redação – RPAF), por isso dele conheço.

O cerne do procedimento recursal aqui é examinar se agiu com acerto a 1^a JJF ao afastar o lançamento perpetrado com a Infração 01, bem como a redução realizada na Infração 02.

Em relação à Infração 01, o órgão julgador de primeiro grau reconheceu que as operações

realizadas pelo Sujeito Passivo estão devidamente caracterizadas como “vendas à ordem” (art. 340 do RICMS/12), de modo que não caberia falar em recolhimento de ICMS-ST nas remessas à ordem (é dizer, para estabelecimentos dos adquirentes situados no Estado da Bahia), uma vez que a tributação já se operara quando da venda aos estabelecimentos situados em outras Unidades da Federação.

É de ver-se que o Auditor Fiscal Autuante se insurgiu contra a tese, aduzindo que “*a substituição tributária para a frente visa cobrir as operações subsequentes. Estas, portanto, ocorreram em território baiano, conforme admitiu a própria autuada. Logo, é a Bahia quem deve ser beneficiária do ICMS-ST*”.

Vejamos. O Sujeito Passivo, autuado e, neste momento, Recorrido, encontra-se estabelecido em Juiz de Fora/MG. Suas clientes, segundo informa, estão sediadas em outras Unidades da Federação (que não a Bahia). Estas clientes adquiriram mercadorias e determinaram que as mesmas fossem remetidas diretamente de Juiz de Fora/MG para os estabelecimentos que essas clientes mantêm na Bahia.

Abrindo as duas planilhas em Excel elaboradas pelo Autuante (e impressas às fls. 10 e 14), observa-se que as Notas Fiscais ali indicadas registram CFOPs 6401 e 6403 (ambos, portanto, a tratar de “vendas”, e a envolver substituição tributária).

Como se pode verificar em consulta ao Portal da NFE (<http://www.nfe.fazenda.gov.br/portal/consultaCompleta.aspx?tipoConteudo=XbSeqxE8pl8=>) as Notas Fiscais nºs 483912, 483914, 483916, 483918, 500256, 500258, 500262, 500260, 501781 tiveram como destinatário a cliente MVC Componentes Plásticos Ltda., localizado no Estado do Paraná.

Portanto, a divergência entre o que foi declarado em GIA-ST e aquilo que foi recolhido encontra-se devidamente justificada por parte do Sujeito Passivo.

A infração 01, portanto, é insubstancial e o Recurso de Ofício não merece provimento.

Em relação à Infração 02, penso que também agiu com acerto a 1^a JJF. Ficou devidamente caracterizado nos autos que os trabalhos periciais não levaram em consideração a redução da base de cálculo aplicável às mercadorias comercializadas pelo Sujeito Passivo. Ou seja, a Infração 02 subsiste parcialmente, com as reduções operadas pelo órgão julgador de primeiro grau.

Ante o exposto, Nego Provimento ao Recurso de Ofício.

RECURSO VOLUNTÁRIO

A via recursal eleita pelo Sujeito Passivo é cabível e adequada, ante sua previsão no art. 169, inciso II, alínea “b”, do RPAF/99. Foi deduzido tempestivamente (art. 171 do RPAF/99), atendendo, aos demais requisitos formais para a sua interposição. Conheço-o, portanto.

Inicialmente, convém destacar que não se vê nos autos razão maior para a realização de perícia fiscal, que nos termos do RPAF/99 deve-se dar quando os fatos dependerem de conhecimento especial de técnicos, não estiverem de outro modo provado nos autos, e sempre que a perícia foi praticável (art. 147, inciso II, *a contrario sensu*).

Ora, a discussão não gira em torno de qualquer matéria que escape aos conhecimentos técnicos dos componentes desta Câmara de Julgamento Fiscal. Agiu bem, portanto, a 1^a JJF ao rejeitar o pedido de perícia e ao deferir a diligência fiscal (para esclarecimentos em relação aos critérios do levantamento realizado).

Requerimento, portanto, indeferido.

Em relação à pretensão de anular o Auto de Infração em sua integralidade, com a devida vênia, também não vejo fundamento. Percebe-se que a Junta de Julgamento Fiscal realizou a sua missão de examinar o lançamento perpetrado, corrigir eventuais vícios, sempre em respeito do contraditório e do direito de defesa do Sujeito Passivo. Este, por sua vez, foi destinatário de uma autuação que examinou os fatos à luz das provas, identificou irregularidades e as apontou, qualificando-as segundo os tipos previstos na legislação tributária.

Ainda que bem sucedido, o Sujeito Passivo, ao reduzir grande parte do valor da autuação, e mesmo afastar uma das acusações que lhe foram imputadas, isso não é por si só suficiente para viciar toda a atividade empreendida pelo Auditor Fiscal.

Percebe-se que, estruturalmente, o Auto de Infração foi mantido, seus elementos continuaram incólumes, ainda que uma das acusações tenha sido afastada em seu mérito – e a missão deste órgão de composição de conflitos tributários com isso foi atingida! Vale dizer: o mérito do ato administrativo, ainda que melhor conformado, não foi integralmente desfigurado, substituído, ou reduzido a ponto de tornar-se outro ato.

Rejeito o pleito recursal de nulidade.

Enfim, em relação à multa, com as ressalvas pessoais desta Relatoria em relação ao elevado montante da penalidade aplicada ao caso concreto, devo reconhecer que este Conselho não titula competência para declarar a constitucionalidade de dispositivo de Lei (art. 125, inciso I do COTEB; art. 167, inciso I do RPAF/99), sendo certo que a capitulação da multa fundamentou-se em dispositivos da Lei nº 7.014/96.

Nego, pois, Provimento ao recurso.

Portando, voto pelo NÃO PROVIMENTO de ambos os Recursos.

VOTO EM SEPARADO

No tocante ao Recurso Voluntário, divirjo do Relator apenas e tão somente em relação às suas observações quanto à penalidade aplicada, embora concorde com a decisão final quanto à multa e ao mérito da autuação.

Entretanto, não visualizo como elevada a multa no percentual de 60% pela retenção e recolhimento a menor do ICMS, principalmente quando há previsão de redução de até 90%, conforme o Art. 45 da Lei nº 7.014/96, o que reduziria a multa até o percentual de 6%, não sendo, por este motivo, desproporcional ou confiscatória.

Ressalto ainda que não foi atribuída competência a este órgão julgador para declarar a constitucionalidade da multa indicada no Auto de Infração, bem como negar a sua aplicação, nos termos dos incisos I e III do Art. 167 do RPAF/99, já que a multa foi aplicada de acordo com a capitulação legal e está prevista no Art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do presente Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206912.0077/16-5, lavrado contra **ARCELORMITTAL BRASIL S.A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$94.490,76**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de setembro de 2019.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

HENRIQUE SILVA DE OLIVEIRA – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. DA PGE/PROFIS