

A. I. N ° - 206912.0077/16-5
AUTUADO - ARCELORMITTAL BRASIL S.A.
AUTUANTE - VLADIMIR MIRANDA MORGADO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - DATA DA INTERNET: 16/04/2019

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0016-01/19

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 insubsistente. **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 nº 7.629/99. Deferido o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 31/03/2016, formaliza a exigência de crédito tributário no valor histórico total de R\$1.681.079,99, em decorrência do cometimento das seguintes infrações a legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. 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, nos meses de abril e junho de 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$7.040,75, acrescido da multa de 150%. Consta se tratar de 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;
2. Procedeu a retenção a menos do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia, nos meses de agosto a dezembro de 2011, janeiro a dezembro de 2012, janeiro a dezembro de 2013, janeiro a dezembro de 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$1.674.039,24, acrescido da multa de 60%.

O autuado, por intermédio de advogados legalmente constituídos, apresentou defesa (fls.94 a 113). Esclarece que se trata de pessoa jurídica de direito privado, situada no Estado de Minas Gerais, e exerce as atividades previstas em seu estatuto social, realizando a transferência de mercadorias aos seus clientes situados em outras Unidades da Federação, sobretudo o Estado da Bahia, para

posterior revenda ou consumo final.

Observa que nesta qualidade, está sujeito ao recolhimento do ICMS, inclusive sob a sistemática de substituição tributária, sobretudo aquela prevista no Protocolo ICMS nº 26/10 firmado, do qual os Estados de Minas Gerais e Bahia são signatários.

Salienta que em sua cláusula primeira, acrescida do parágrafo único, na redação aplicável à época das infrações, isto é, entre 2011 e 2014, o aludido Protocolo assim dispunha:

Cláusula primeira Nas operações interestaduais com as mercadorias listadas no Anexo Único, com a respectiva classificação na Nomenclatura Comum do Mercosul/Sistema Harmonizado - NCM/SH, destinadas ao Estado de Minas Gerais ou ao Estado da Bahia, fica atribuída ao estabelecimento remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS relativo às operações subsequentes.

Parágrafo único. O disposto no “caput” aplica-se também à diferença entre a alíquota interna e a interestadual sobre a base de cálculo da operação própria, incluídos, quando for o caso, os valores de frete, seguro, impostos e outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, na hipótese de entrada decorrente de operação interestadual, em estabelecimento de contribuinte, de mercadoria destinada a uso, consumo ou ativo permanente.

Diz que dessa forma, sempre que remete mercadorias abarcadas pelos termos da precitada norma a clientes estabelecidos no Estado da Bahia, retém o valor do imposto devido a título de substituição tributária, seja no tocante às operações subsequentes, na hipótese de remessa de bens vinculados à posterior saída pelo contribuinte baiano, seja no tocante ao diferencial de alíquota aplicável às entradas de mercadorias para uso e consumo do destinatário final.

Frisa que ocorreu que foi lavrado o Auto de Infração em questão, para a exigência de suposto ICMS não retido, ou retido a menor, na qualidade de substituto tributário decorrente da aplicação do citado Protocolo ICMS nº 26/10, em relação a operações de remessas de mercadorias destinadas ao Estado da Bahia ocorridas no período objeto da autuação.

Afirma que principalmente por se pautar de um trabalho superficial desatento às especificidades das operações praticadas, a autuação em testilha não pode prosperar, o que deve ser reconhecido por esta Junta de Julgamento Fiscal.

Reporta-se sobre a exigência atinente à infração 2.

Alega que a metodologia do trabalho fiscal, nesse ponto, conforme se extrai da documentação anexa à infração, resumiu-se a analisar as notas fiscais que lastrearam as operações, refazendo o cálculo do ICMS que, no entendimento do autuante, seria devido nos termos da legislação, com o posterior cotejo com o montante já recolhido, do que resultou a diferença do imposto lançada.

Assevera que em que pese o esforço da auditoria fiscal, ela deixou de se ater ao real conteúdo e especificidades das operações praticadas, incorrendo em equívocos que, se reparados, levam à conclusão de que inexistia qualquer saldo do imposto a recolher no caso em tela.

Refere-se às operações de remessa de mercadorias destinadas ao uso/consumo por contribuinte consumidor final.

Diz que o regime de substituição tributária progressiva, que encontra o seu fundamento maior no artigo 150, §7º da Constituição Federal, bem como nas disposições da Lei Complementar nº 87/96, e que, no caso em questão, está previsto no Protocolo ICMS nº 20/96, em especial na cláusula primeira e seu parágrafo único, impõe ao remetente da mercadoria destinada aos Estados envolvidos a obrigação de retenção do imposto em dois cenários distintos:

Na hipótese de remessa de mercadorias a contribuintes do imposto destinadas a posterior revenda, quando o remetente deverá reter e recolher o tributo devido em relação às operações subsequentes (Cláusula primeira);

Na hipótese de mercadorias classificadas como bens de uso e consumo ou destinadas ao ativo

permanente, ou seja, remetidas a contribuintes do imposto que sejam tidos como consumidores finais. Circunstância na qual o remetente deverá reter e recolher o imposto correspondente ao diferencial de alíquota – DIFAL incidente na operação e que seria, a princípio, quitado pelo contribuinte destinatário;

Consigna que para cada uma das hipóteses acima, deverá o remetente observar uma sistemática de cálculo do tributo específica, por força do disposto no citado Protocolo.

Assinala que na primeira hipótese – ICMS ST correspondente às operações de revenda subsequentes -, deve-se aplicar à alíquota “vigente nas operações internas a consumidor final na unidade federada de destino” (cláusula quarta) sobre a base de cálculo que será (i) “o valor correspondente ao preço único ou máximo de venda a varejo fixada pelo órgão público competente”, ou, inexistindo este último, (ii) o preço da mercadoria praticado pelo remetente, **acrescido da denominada Margem de Valor Agregado (MVA) correspondente, justamente, à operação subsequente cujo recolhimento do imposto foi antecipado** e calculada sob a seguinte fórmula (cláusula terceira e parágrafos):

$$“MVA \text{ ajustada} = [(1 + MVA \text{ ST original}) \times (1 - ALQ \text{ inter}) / (1 - ALQ \text{ intra})] - 1”,$$

onde:

I – “MVA ST original” é a margem de valor agregado indicada no Anexo Único deste protocolo;

II – “ALQ inter” é o coeficiente correspondente à alíquota interestadual aplicável à operação;

III – “ALQ intra” é o coeficiente correspondente à alíquota interna ou ao percentual de carga tributária efetiva, quando este for inferior à alíquota interna, praticada pelo contribuinte substituto da unidade federada de destino, nas operações com as mesmas mercadorias listadas no Anexo Único”.

Acrescenta que por sua vez, a retenção do DIFAL pelo remetente deverá observar a sistemática prevista na legislação, ou seja, aplicando-se o percentual resultante da diferença entre a alíquota interestadual e a alíquota interna vigente no Estado de destino, sobre a base de cálculo da operação própria praticada pelo remetente.

Em síntese, diz que enquanto no ICMS-ST relativo às operações subsequentes o imposto incide sobre a base de cálculo própria do remetente acrescida do valor correspondente à próxima etapa, no ICMS DIFAL antecipado o tributo recai tão somente sobre a base de cálculo adotada pelo remetente, de tal modo que o valor calculado sob aquela sistemática seja superior ao calculado com base nesta última.

Alega que a metodologia adotada pelo autuante aplicou sobre todas as notas fiscais analisadas, equivocada e indistintamente, a sistemática prevista para o cálculo do ICMS ST correspondente às operações subsequentes, utilizando-se da *Margem de Valor Agregado* (MVA) descrita na coluna “IND. MVA” sobre a base de cálculo própria.

Acrescenta que ao assim proceder, o valor do ICMS ST apurado pela Fiscalização foi calculado em montante superior ao que efetivamente devido em relação a considerável parcela das notas fiscais relacionadas nos anexos à autuação, as quais representam operações de remessa de mercadorias para uso e consumo adquiridas por contribuintes consumidores final.

Menciona como exemplo a Nota Fiscal nº 482051 (doc. 03), de 28.03.2014, gerada para acobertar a remessa das mercadorias classificadas sob o código NCM nº 73142.000 – *Telas Soldadas* – para a empresa Fertipar Fertilizantes do Nordeste Ltda.

Diz que a aquisição em questão teve como valor o montante de R\$7.664,58 e o ICMS ST destacado e recolhido no importe de R\$766,46, que corresponde justamente à aplicação do percentual de 10% - equivalente à diferença entre a alíquota interestadual (7%) e a alíquota vigente no Estado da Bahia (17%) – sobre a base de cálculo própria.

Alega que a auditoria fiscal encontrou como suposto valor do ICMS ST devido a quantia de R\$1.405,18, valendo-se de sistemática que aplicou a MVA ajustada sobre a base de cálculo originária, conforme tela que apresenta.

Diz que a análise das informações supra evidencia o equívoco do trabalho fiscal nesta parcela, ao não considerar a efetiva natureza da operação de remessa e lhe imputar a obrigação de recolher tributo em patamar superior ao que, de fato, é devido sob a sistemática de recolhimento do DIFAL, mediante substituição tributária, o que deve, portanto, ser afastado por este órgão julgador.

No tocante à comprovação da real natureza das operações de remessa praticadas, diz que a análise das informações disponibilizados nos autos permite concluir que a classificação conferida não merece qualquer reparo.

Explica: - primeiro, porque a comercialização de *telas* e equipamentos similares não se encontra prevista no objeto social da empresa adquirente, que se dedica à *Fabricação de Adubos e Fertilizantes, exceto organo-minerais*, conforme se extrai do cartão de CNPJ extraído do sítio eletrônico da Receita Federal do Brasil (RFB) (doc. 03). Assim, não há que se falar em possível operação de revenda da mercadoria em questão que legitimasse a incidência do ICMS ST afeto às operações subsequentes. - segundo, pois, novamente valendo-se da descrição do produto comercializado, que consiste em material utilizado como *cercania* de estabelecimentos, e do objeto social da aludida empresa, em comparação com os conceitos legais aplicáveis à legislação do ICMS, também não pode residir alguma dúvida relativa à natureza de bens de uso e consumo das mercadorias em questão.

Ressalta que isso se valendo de um critério excludente em relação às possíveis classificações fiscais do bem em questão; pode-se afirmar que os referidos produtos não poderiam ser classificados como materiais de embalagem, à medida que, por óbvio, não são destinados ao revestimento dos produtos fabricados. Acrescenta que, de igual modo, também não poderiam ser tratados como produtos intermediários, uma vez que, ante a interpretação jurisprudencial atual, que privilegia o critério físico quanto à aplicação do princípio da não cumulatividade, ditos bens, cuja previsão legal encontra amparo no artigo 309, I, “b”, do RICMS/BA, seriam aqueles consumidos no processo produtivo do contribuinte em contato físico com este último, ao que também não se assemelha as “*telas*” em foco.

Frisa que por fim, restaria à classificação da mercadoria em questão como bens de uso e consumo, o que, insiste, seria o caso, ou bens do ativo imobilizado, sendo que em ambas as hipóteses, por força do parágrafo único da cláusula primeira do precitado Protocolo ICMS nº 20/96 o imposto a ser retido e recolhido pelo remetente corresponde ao DIFAL e, claro, não às operações subsequentes.

Assevera que demonstrado de forma inequívoca que a operação em questão representou remessa de mercadorias a contribuinte consumidor final para uso e consumo deste último, deve o julgador determinar a reforma da autuação, nesta parcela, a fim de que sejam canceladas as exigências impostas.

Salienta que a exemplo do caso acima, outras inúmeras notas fiscais também foram analisadas de forma equivocada pela auditoria fiscal, em função das mesmas impropriedades acima tratadas.

Alega que em razão do volume de informações a serem analisadas, que se referem a uma amostra de, aproximadamente, 2.100 notas fiscais, não foi possível trazer aos autos todos os elementos probatórios em tempo hábil. Acrescenta que, em atendimento ao princípio da verdade material, bem como ao disposto nos artigos 123, § 3º, e 145 do Decreto nº 7.629/1999, que disciplina, o processo tributário administrativo no Estado (RPAF), requer seja deferida a realização da prova pericial formulada adiante, bem como protesta pela juntada de novos elementos oportunamente.

Continuando, diz que além dos equívocos acima mencionados, o autuante incorreu em equívoco, ainda, ao realizar o cálculo do ICMS ST correspondente às operações subsequentes sem levar em consideração que as mercadorias objeto das operações de remessa encontravam-se abarcadas por benefício da redução da base de cálculo, novamente superestimando o valor do imposto efetivamente devido em cada operação.

Consigna que nos termos da cláusula quarta do citado Protocolo ICMS nº 26/10, o cálculo do ICMS ST relativo à operação subsequente decorre da aplicação da alíquota interna vigente no Estado destinatário sobre a base de cálculo acrescida da MVA já calculada.

Afirma que enquanto o autuante adotou como alíquota interna sobre a base de cálculo encontrada 17%, prevista no RICMS/BA, uma substancial parcela das mercadorias, cujas operações de remessa foram analisadas pela autuação, goza do benefício de redução da base de cálculo, nos termos do Convênio ICMS Nº 33/96, incorporado à legislação do Estado da Bahia pelos artigos 87, do Regulamento do ICMS/1997 (RICMS/97) e 266 do Regulamento do ICMS/2012 (RICMS/2012), cujas redações reproduz.

Aduz que assim sendo, interpretando-se conjuntamente os dispositivos legais acima referidos, pode-se dizer que os produtos abarcados pelas aludidas normas devem se submeter, nas respectivas operações internas, a uma carga tributária equivalente à aplicação do percentual de 12% e não 17%.

Insiste que parte das mercadorias envolvidas nas operações que praticou e foram analisadas pela Fiscalização encontra-se submetida aos permissivos legais em questão. Neste sentido, apresenta tabela na qual relaciona os códigos NCM dos produtos e os dispositivos legais aplicáveis nos períodos objeto da autuação.

Assevera que dessa forma, ao não se atentar para as circunstâncias acima e aplicar uma alíquota de 17% , mais uma vez a auditoria fiscal superestimou o valor do ICMS efetivamente devido.

Destaca como exemplo a situação da Nota Fiscal nº 371402, de 22.12.2012, relativa à comercialização do produto “Rolo” classificado sob o NCM nº 7213.1000, cuja previsão legal do benefício da redução da base de cálculo encontra-se tanto na cláusula primeira do Convênio ICMS nº 33/96 quanto no artigo 266, II, do RICMS/2012, sendo que o cálculo da auditoria observou a metodologia que explicita mediante tabela que apresenta.

Sustenta que desse modo, resta inequívoco que o autuante adotou como alíquota interna o percentual de 17% , desconsiderando os efeitos do benefício fiscal acima mencionado e que limitavam a carga tributária incidente ao percentual de 12% sobre o valor da operação. Acrescenta que este raciocínio, inequivocamente, acabou majorando o montante do imposto devido, o que deve ser reconhecido pelo julgador para que seja cancelada a autuação.

Ressalta que esse específico equívoco pode ser encontrado em inúmeras notas fiscais analisadas pela Fiscalização, o que também somente não foi exaurido na defesa em razão do volume de informações, mas, como já ressaltado, que, contudo, também poderá ser demonstrado pela prova pericial abaixo requerida.

Prosseguindo, assevera que novamente a auditoria se equivocou em seus cálculos, no tocante à MVA aplicável em parte das operações.

Sustenta que referidas impropriedades teriam origem em falhas distintas, encontradas no cálculo da Fiscalização, sendo que, para ilustrar uma das circunstâncias, destaca o exemplo da NF nº 258553, de 15.10.2011, relativa à remessa da mercadoria “GRAMPO MET. POL. 7/8”X11 20X1KG 609010”, para a qual o cálculo do autuante observou a sistemática abaixo reproduzida:

DATA	N FISCAL	DESCRIÇÃO	NCM	IND MVA	BC ST AUDIT	ICMS ST AUDIT	vBCST	retido_it em	DIF A PAGAR
15-out-11	258553	GRAMPO MET. POL. 7/8”X11 20X1KG 609010	73170020	1,5218	1268,47	162,60	829,61	87,99	74,61

Diz que desse modo, extrai-se da memória de cálculo acima que o autuante utilizou como MVA o

índice 1,5218, que corresponde a 52,18%. Acrescenta que rememorando a fórmula aplicável ao cálculo da MVA, pode-se dizer que esta última foi encontrada pela Fiscalização com base na seguinte operação: $(100+44) * (100-7) / (100-12) - 100 = 52,18$

Assevera que assim sendo, percebe-se que a MVA original indicada, a qual deve ser consultada no próprio anexo ao Protocolo ICMS, bem como no RICMS, sujeito a alterações no curso do tempo, foi de 44%, percentual este vigente para o produto em questão tão somente a partir do ano de 2014, conforme Anexo Único ao RICMS/2012, cuja transcrição apresenta.

Acrescenta que consoante se extrai do Anexo Único do Protocolo ICMS nº 26/10, a MVA original vigente à época da realização da operação em questão, no caso janeiro de 2011 era de 41%, conforme apresenta.

Alega que se o autuante tivesse se atentado ao fato acima descrito e adotado a MVA correta, não teria encontrado qualquer valor do imposto a ser recolhido ou, ao menos, teria verificado saldo a menos do que o efetivamente apurado no lançamento, o que deve também ser acolhido por esta instância administrativa.

Diz que desse modo, trata-se de mais um exemplo abordado, por amostragem, em razão do extenso volume de dados a serem apreciados e envolvidos na discussão, mas que, a partir da prova pericial abaixo requerida e fundamentada, poderá ser encontrado também em outras operações envolvidas na autuação.

Frisa que nos termos do artigo 123, §3º, do RPAF, “§ 3º A depender da evidência de erros ou da complexidade da matéria em questão, a defesa poderá requerer a realização de diligência ou perícia fiscal, nos termos do art. 145”, enquanto o artigo 145 do mesmo diploma legal dispõe que “O interessado, ao solicitar a produção de prova ou a realização de diligência ou perícia fiscal, deverá, no pedido, fundamentar a sua necessidade”.

Assevera que no presente caso, conforme demonstrado pela vasta argumentação apresentada, grande parcela da autuação decorreu da metodologia e análise superficial realizada pela auditoria fiscal em relação às operações de remessa de mercadorias que praticou ao Estado da Bahia, não se atentando a auditoria para a natureza das operações ou mesmo cometendo equívocos de cálculo, considerando a base de cálculo e outros critérios (MVA) efetivamente aplicáveis.

Sustenta que, assim sendo, para a completa compreensão da matéria e deslinde do feito faz-se necessário realizar uma nova análise detalhada e precisa de todas as notas fiscais objeto da autuação, revisando o trabalho da auditoria fiscal.

Alega que somente dessa forma poderá ser verificado a que título se deu a remessa, isto é, se para revenda ou consumo final por contribuinte do imposto, a partir do que, por sua vez, poderá ser confirmado se o imposto retido assim o deveria ter sido realizado em relação ao ICMS ST correspondente à operação subsequente, ou se cabível o recolhimento do DIFAL, conforme sustenta. Acrescenta que, de igual modo, a perícia, requerida, também será destinada à revisão dos cálculos realizados pela auditoria que, em conformidade com o exposto acima, foram maculados por diversas inconsistências.

Salienta que tudo isto, em um universo extenso de notas fiscais e operações a serem apreciadas, o que não somente prejudicou que trouxesse maiores elementos aos autos, além daqueles anexados à Defesa, bem como justifica a complexidade e necessidade dos trabalhos periciais a serem desenvolvidos.

Consigna que dessa forma, atendendo ao citado artigo 145 do RPAF, requer que seja deferida a realização de perícia/diligência, com base na fundamentação acima, apresentando, para tanto, os quesitos a serem respondidos pelo Auditor Fiscal responsável:

- *QUESITO N.º 1: requer-se seja identificado, com base no cotejo dos dados contidos nas colunas “vBCST” e “retido_item” das planilhas de apuração do imposto devido, anexas à autuação, para as notas fiscais cujo imposto retido e recolhido pela Impugnante correspondeu a, aproximadamente, a 10% (dez por cento) – correspondente ao DIFAL – sobre a base de cálculo apurada, se as operações de remessa de*

mercadorias, em questão, destinaram-se ao uso e consumo do contribuinte destinatário, ou correspondem a ativo imobilizado, observando as informações já trazidas aos autos, além do modo como os aludidos produtos foram escriturados no estabelecimento do adquirente, cujos documentos fiscais poderão ser solicitados pela autoridade competente;

- *QUESITO Nº 2: pede-se, outrossim, com base nas conclusões obtidas em resposta ao quesito acima, seja verificado se, para as operações destinadas à remessa de mercadorias destinadas ao uso e consumo de contribuintes destinatários finais, ou a seu ativo imobilizado, se a retenção e recolhimento do DIFAL foi realizado em conformidade com a legislação;*
- *QUESITO Nº 3: requer-se seja verificado se, nos cálculos do ICMS ST referente às operações subsequentes relativas aos itens identificados na planilha do item 10 acima, e sujeitos à redução da base de cálculo prevista no Convênio ICMS nº 36/96 e no artigo 266, II, do RICMS/2012 e 87, IV, do RICMS/1997, o referido benefício fiscal foi levado em consideração pela auditoria fiscal no cálculo do imposto devido, refazendo, se o caso, a apuração do tributo efetivamente devido, em obediência aos contornos legais;*
- *QUESITO Nº 4: requer-se seja verificado se, nos cálculos do ICMS ST referente às operações subsequentes, a auditoria fiscal adotou a MVA correta, refazendo, se o caso, os cálculos necessários à apuração do tributo efetivamente devido, em obediência aos contornos legais;*
- *QUESITO Nº 5: requer-se seja apontado, após análise e revisão dos cálculos da auditoria fiscal com base nos quesitos supra, se foi encontrado mais algum erro nos cálculos realizados pela autoridade fiscal, apresentando, se o caso, as devidas justificativas e o valor correto do imposto devido;*

Consigna o seu inconformismo quanto à exigência fiscal atinente à infração 1. Alega a não incidência do ICMS-ST sobre operações de remessa de mercadorias destinadas a contribuintes situados em outra Unidade da Federação.

Aduz que segundo o apurado pela auditoria fiscal, teria deixado de proceder à retenção do ICMS, na qualidade de substituto tributário.

Afirma que no caso em questão, 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 (doc. 04).

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.*”

Consigna que a bem da verdade, percebe-se que esta última operação representa e viabiliza o simples deslocamento de mercadorias entre os próprios estabelecimentos do adquirente.

Alega que as operações de remessa de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular encontram-se afastadas do campo de incidência do ICMS, inexistindo, por corolário lógico, o dever de recolhimento do imposto na modalidade de substituição tributária. Neste sentido, invoca e reproduz o artigo 155, II, da Constituição Federal de 1988.

Assinala que do exame do referido dispositivo, infere-se que o legislador constitucional não pretendeu tributar todas e quaisquer operações, mas sim determinadas operações, juridicamente qualificadas.

Observa que assim sendo, o termo “circulação” qualificou as aludidas operações, de tal forma que o fato gerador do imposto estadual restasse configurado apenas quando ocorresse circulação

jurídica, isto é, que importe na transferência de titularidade da mercadoria, sem a qual ditas operações não terão qualquer reflexo legal ou tributário. Neste sentido, invoca e reproduz lição de Hugo de Brito Machado.

Registra que o jurista José Eduardo Soares de Mello, ao se referir especificamente sobre transferência entre estabelecimentos, pondera que a inexistência de mutação patrimonial não materializa o ICMS por não tipificar a realização de operações jurídicas, mas simples circulações físicas que sequer denotam relevância para o Direito.

Sustenta que neste contexto, a transferência que, no caso em tela, implica na alteração de propriedade do bem comercializado e, pois, deve ser acompanhada do recolhimento do imposto é aquela transferência objeto do negócio jurídico que determinou a circulação do bem que comercializou ao contratante e adquirente originário localizado no Estado do Paraná, o qual, insiste, foi alvo da devida tributação.

Diz que noutro giro, a simples remessa de mercadorias, no âmbito dos estabelecimentos do adquirente originário, não constitui fato gerador do ICMS, pelo simples fato de que tal transferência não importa em alteração de titularidade, ou seja, circulação no sentido jurídico deste termo.

Assevera que por corolário lógico, tais operações também não se encontram sujeitas ao recolhimento do ICMS ST.

Afirma que assim sendo, restando evidenciado que no caso de transferência de produtos entre estabelecimentos de mesma titularidade, como é o caso dos autos, não há hipótese de exigência de ICMS. Diz que entendimento em sentido contrário importaria manifesta afronta aos artigos 9º, I, 97, do CTN, 150, e 155, II, da Constituição Federal de 1988, diante da ausência do fato gerador do ICMS.

Assinala que foi justamente em razão do entendimento pacificado sobre o tema, que o E. STJ editou a vigente Súmula nº 166, cujo enunciado deixa claro que: *“Simples deslocamento de mercadorias para outro estabelecimento: não constitui fato gerador do ICMS”*.

Frisa que não se alegue que o fato da Súmula n.º 166 ter sido editada anteriormente à publicação da Lei Complementar nº 87/96 teria o condão de legitimar a exigência fiscal em questão.

Afirma que a hipótese de incidência do ICMS, que tem sede constitucional no art. 155, II, permanece confinada às operações de circulação de mercadorias, a despeito da edição da LC n.º 87/96, o que não inclui a mera transferência de mercadorias entre os estabelecimentos de um mesmo contribuinte.

Registra que o C. STJ C. permanece aplicando o teor da sobredita Súmula mesmo após o advento do artigo 12 da LC n.º 87/96.

Acrescenta que tanto é assim que, em julgamento de Recurso Especial submetido à sistemática do artigo 543-C do CPC, o C. STJ deixou claro que tal conclusão se aplica igualmente aos casos de transferência entre estabelecimentos de mesma titularidade, ainda que interestaduais. Transcreve parcialmente o teor do REsp. nº 1.125.133/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 10/09/2010.

Afirma que desse modo, é evidente a ilegitimidade da autuação em relação às operações de simples remessa à ordem que promoveu ao estabelecimento do adquirente originário localizado no Estado da Bahia, o que almeja ser reconhecido.

Prosseguindo, consigna que mesmo que ultrapassados todos os argumentos supra e que se considere, a título de argumentação, legítimo o procedimento fiscal, deve ser afastada a multa aplicada no percentual de 60% sobre o valor apurado da exação tida por devida, dado o seu nítido caráter confiscatório.

Observa que a vedação da exigência tributária confiscatória decorre do princípio segundo o qual

o poder de tributar deve ser compatível com a conservação da atividade econômica e não com a sua destruição.

Alega que quando a multa agride violentamente o patrimônio do contribuinte, consoante se verifica no presente caso, caracteriza-se a exigência como confisco indireto e deve ser declarada ilegal. Acrescenta que, nesse passo, aplicando o princípio do não-confisco especificamente às multas tributárias, assim decidiu o Plenário do E. Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da Medida Cautelar na ADIn 551/RJ, cujo teor transcreve parcialmente.

Ressalta que o Pretório Excelso já decidiu questão semelhante a dos autos, tendo sido seu patamar reduzido significativamente.

Diz que diante de tais alegações, não se pode deixar de considerar que a exigência de multa no importe de 100% do valor do principal afronta o direito constitucional à propriedade e os princípios da vedação ao confisco, da razoabilidade e da capacidade contributiva.

Finaliza a peça defensiva requerendo o cancelamento do Auto de Infração. Requer ainda, sucessivamente, que sejam canceladas as penalidades, lançadas que foram em desacordo com a garantia constitucional do não-confisco ou, ao menos, seja seu patamar reduzido.

O autuante prestou Informação Fiscal (fls.176 a 186). Inicialmente, destaca um acontecimento processual que não costuma nortear o andamento regular dos processos administrativos tributários. Observa que depois de expedida a intimação para o contribuinte pagar ou impugnar o presente Auto de Infração (fl. 70), lavratura de termo de revelia (fl. 75) e encaminhamento do crédito tributário para a dívida ativa (fl. 76), constatou-se que o “PAF 2069120077/16-5 da Arcelormittal foi feita uma intimação no dia 05/04/2016 e por equívoco foi envelopado errado outro processo” (sic; fl. 91), pelo que a empresa foi reintimada presencialmente em 01/07/2016, com ciência na mesma data, abrindo-se recontagem de lapso impugnatório (fl. 92), para, afinal, em 01/09/2016, ser apresentada a defesa (fls. 94/113).

Salienta que o relato acima se faz necessário para fazer emergir os atos extravagantes cometidos, até para auxiliar os julgadores na decisão de solicitar ou não esclarecimentos adicionais acerca deste incidente, inclusive porque também compete a Auditoria zelar pelo bom andamento do rito administrativo.

Reporta-se sobre as alegações defensivas atinentes à infração 1. Diz que o autuado alega que não procedeu a retenção do imposto porque as mercadorias foram vendidas para um estabelecimento e remetidas fisicamente para outro do mesmo cliente situado na Bahia. Afirma que, neste ponto, representa uma confissão perpetrada pelo contribuinte.

Assevera que, de fato, a mercadoria teve seu curso continuado a partir do estabelecimento baiano, assim sendo, as operações internas subsequentes foram por ele praticadas.

Observa que a substituição tributária para a frente visa cobrir as operações subsequentes, portanto, estas operações ocorreram em território baiano, conforme admitiu o próprio impugnante. Diz que, assim sendo, é o Estado da Bahia quem deve ser beneficiário do

Afirma que nenhuma serventia tem o entendimento sumulado para o deslinde da questão, pois este se refere apenas à operação própria praticada, nada tendo a ver com os fatos geradores futuros alcançados pela retenção que deveria ter sido feita.

Conclui mantendo este item da autuação.

No que tange à infração 2, assinala a existência de alegações defensivas diversificadas.

Reporta-se sobre a alegação defensiva atinente as NBMs 7213.1000 e 7214.2000 – VIGÊNCIA DO BENEFÍCIO ATÉ 31/3/2012.

Assinala que a linha principal da impugnação alude ao fato de, por força do Convênio ICMS 33/96, para produtos classificados em algumas NCMs, haver previsão de redução de base de cálculo nas operações internas realizadas no Estado signatário, de forma que a carga tributária se atenha a

12%. Reproduz o texto parcial do referido Convênio, precisamente a sua Cláusula primeira.

Assinala que referido Convênio é de cunho autorizativo, porquanto a unidade federativa que dele participou haverá de implementar as suas bases na legislação interna para que possa produzir efeitos jurídicos no âmbito territorial interno respectivo. Ou se preferir, pode, em dado momento, deixar de adotar os seus ditames. Acrescenta que, além disto, as bases para a implementação serão aquelas que forem encampadas pelo legislador interno, de modo que parte do referido Convênio pode não ter sido implantada, por decisão político-fiscal tomada na ocasião.

Observa que parte das NCMs elencadas no citado acordo interestadual foi absorvida pelo legislador dos RICMS baianos de 1997 e 2012, parte não.

Registra que nos termos do inciso IV do art. 87 do RICMS-BA/97, as classificações fiscais previstas no Convênio ICMS 33/96 foram contempladas com o benefício da base reduzida. Reproduz o teor do citado dispositivo.

Salienta que procedimento diferente ocorreu com o legislador do RICMS-BA/12, nomeadamente no inciso II do art. 266, na medida em que algumas NCMs indicadas no citado Convênio deixaram de ser admitidas como incentivadas e outras NCMs foram unilateralmente congraçadas pela Bahia com o benefício. Reproduz a redação do referido dispositivo regulamentar.

Alega, no entanto, que, relativamente aos produtos enquadráveis nas NCMs 7213.1000 (fios-máquina de ferro ou aço não ligados dentados, com nervuras, sulcos ou relevos, obtidos durante a laminagem) e 7214.2000 (barras de ferro ou aço não ligados, forjadas, laminadas, estiradas e extrudadas, com nervuras, sulcos ou relevos, obtidas durante a laminagem ou torcidas após a laminagem), o Fisco baiano só admitiu o incentivo da carga tributária diminuta até o final da vigência do RICMS de 1997, isto é, 31/3/2012.

Ressalta que, após este período o benefício cessou, pelo menos para a Bahia, pelo menos para os produtos mencionados.

Observa que não há no art. 266, II, do RICMS/BA/12, em vigor, referências a estas classificações fiscais, o que, segundo diz, significa que nesta parte, apesar da autorização do Confaz, a Bahia resolveu não mais prosseguir com o benefício.

Salienta que, apesar desta desautorização, o autuado continuou adotando o expediente de reduzir a base nas operações com tais produtos, redundando em recolhimento a menos de ICMS. Neste sentido, apresenta alguns exemplos extraídos das planilhas juntadas com o Auto de Infração:

Em 2012:

Para a NCM 7213.1000: NFs 371.402 e 371.403

Para a NCM 7214.2000: NFs 312.422 e 318.723

Em 2013:

Para a NCM 7213.1000: NFs 375.229, 378.070 e 391.792

Para a NCM 7214.2000: NFs 420.064, 433.042 e 451.543

Em 2014:

Para a NCM 7213.1000: NFs 463.205, 469.664 e 480.480

Para a NCM 7214.2000: NFs 496.219, 502.448 e 524.112

Ressalta que há muito mais notas fiscais, sendo que, estas servem apenas como amostra.

Reporta-se sobre a NCM 7217.1090 – ENQUADRAMENTO EQUIVOCADO DOS ARAMES.

Observa que a questão a ser tratada neste tópico não implica em saber se a NCM está prevista como integrante daquelas que gozam do favor fiscal da redução da base de cálculo do tributo, mas sim a classificação equivocada promovida pelo autuado, particularmente em relação aos arames. Registra que tais mercadorias foram classificadas pelo autuado no grupo 7217, assim

subdividido:

72.17	Fios de ferro ou aço não ligado.	
7217.10	-Não revestidos, mesmo polidos	
7217.10.1	Com um teor de carbono superior ou igual a 0,6 %, em peso	
7217.10.11	Com um teor, em peso, de fósforo inferior a 0,035 % e de enxofre inferior a 0,035 %, temperado e revenido, flexa máxima sem carga de 1 cm em 1 m, resistência à tração superior ou igual a 1.960 MPa e cuja maior dimensão da seção transversal seja inferior ou igual a 2,25 mm	2
7217.10.19	Outros	12
7217.10.90	Outros	12

Salienta que os arames foram incluídos na subposição 7217.10.90, porém, não é esta a melhor classificação fiscal para os arames comercializados pelo sujeito passivo, haja vista que, optou-se em enquadrá-los como outros fios de ferro ou aço não ligado, não revestidos, mesmo polidos. Ou seja, preferiu-se encaixar os arames como outros artefatos similares, subposição 7217.10.90, por entender-se que não há uma classificação mais exata do que esta.

Afirma que há uma classificação fiscal na NCM que descreve textual e claramente os arames, de modo que, nestas condições, havendo uma NCM enquadrável por aproximação ou similaridade e outra na qual esteja citada literalmente a mercadoria, é obvio que deve prevalecer esta última.

Esclarece que se trata da posição 7313.0000, cuja descrição é a seguinte: *“Arame farpado, de ferro ou aço; arames ou tiras, retorcidos, mesmo farpados, de ferro ou aço, dos tipos utilizados em cercas”*.

Observa que os arames são facilmente encaixados neste grupo, por sinal sem subdivisões, sejam eles farpados ou não.

Aduz que pode imaginar que a opção do autuado de tipificar os arames na posição 7317.0090 tenha sido com o propósito de se valer indevidamente do benefício da redução da base de cálculo também para este tipo de mercadoria.

Reporta-se sobre a NCM 7314.2000 – TELAS.

Frisa que, neste particular, o autuado alega que as mercadorias referenciadas foram destinadas para consumo final, mencionando como exemplo o cliente “Fertipar”, que aparece no levantamento fiscal, em relação às “telas” apenas em duas ocasiões.

Reconhece que, relativamente a este destinatário, assiste razão ao impugnante, de modo que as duas notas fiscais foram retiradas do novo demonstrativo de débito, acostado à peça informativa.

Assevera que, no entanto, há outros clientes que adquiriram o produto para revenda, conforme se pode vislumbrar através do objeto social declarado por eles mesmos nas informações cadastrais apresentadas ao Fisco baiano.

Ressalta que, as empresas “MVC Componentes Plásticos” e “NOG Ferragens Materiais de Construção” possuem atividades declaradas na área comercial atacadista e varejista de mercadorias, pelo que as mercadorias adquiridas foram para revenda. Acrescenta que a “NOG Ferragens Materiais de Construção”, inclusive, já traz a atividade com materiais de construção na própria razão social. Registra que para comprovar tais afirmações anexou os dados cadastrais de ambas as empresas.

Quanto ao pedido formulado pelo impugnante de realização de prova pericial, sustenta que se mostra dispensável, pois não há a menor necessidade de se fazer perícia para atestar os eventos já apontados.

No tocante à MVA, diz que basta consultar a legislação que vigorava na época do fato gerador para saber-se qual deva ser aplicada.

Relativamente à remessa destinada a comercialização ou consumo interno, diz que, além de ser pequeno o número de operações apontadas nesta auditoria com esta particularidade, basta saber o

objeto social dos destinatários para saber-se qual a aplicação da mercadoria adquirida. Acrescenta que uma empresa que tem como atividade o varejo ou o atacado em segmento econômico ligado direta ou indiretamente à comercialização de materiais de construção deve adquirir para revenda as mercadorias vendidas pelo autuado.

Afirma que o autuado deixou de atender ao requisito exigido no art. 145 do RPAF-BA, para realização de perícia.

Ressalta que eventuais reparos no levantamento fiscal já foram acolhidos e serão objeto de análise no tópico a seguir.

Reporta-se sobre o NOVO DEMONSTRATIVO DE DÉBITO – PREGOS E GRAMPOS

Diz que procedem as alegações defensivas no que diz respeito a gozarem os pregos e grampos do benefício fiscal da redução da base de cálculo do ICMS. Acrescenta que, dessa forma, confeccionou um novo Demonstrativo de Débito, anexado a peça informativa, de cujo teor deve ser notificado o sujeito passivo, juntamente com os demais documentos apensados.

Relativamente à arguição defensiva sobre o caráter confiscatório da multa aplicada no percentual de 60%, diz que o impugnante nada disse acerca da multa de 150%, e traz como sucedâneo jurisprudencial a decisão tomada na ADIn 1551.

Assevera que a alegação defensiva e o pronunciamento do STF não se coadunam para o caso em tela porque a sanção aplicada traduziu um montante muito distante de equivaler ao montante do próprio tributo, pois em quase todas as irregularidades ela girou em 60%. Diz que, assim, abre-se outra vertente de defesa no intuito de, acaso devido o tributo lançado, seja excluída do crédito tributário a multa por infração.

Observa que a previsão de multas está no CTN (arts.136 e 137) e o montante de 60% deflui do art. 42, II, e, da Lei Baiana do ICMS (Lei 7014/96). Diz que é indubitoso que o crédito tributário é formado do imposto e consectários, dentre os quais se destaca a penalidade aplicável quando se constata o cometimento de uma infração, inexistindo ilegalidade na sua cobrança. Observa que é possível se admitir violação ao princípio de vedação de confisco quando a punição econômica prevista é de tal monta que implique em transferência abusiva do bem particular para o patrimônio público. Aduz que seria possível pensar em multa com efeito de confisco se da sua aplicação resultasse em montante muito próximo ou equivalente ao próprio valor da mercadoria o que, nem de longe, se caracterizou no presente lançamento, mesmo porque a própria legislação baiana prevê reduções substanciais de seu valor caso haja o pagamento da dívida.

Finaliza a peça informativa mantendo o Auto de Infração.

O impugnante cientificado da Informação Fiscal se manifestou (fls.209 a 218). Salienta que na Defesa vestibular argumentou que:

- i. não incide ICMS sobre a mera remessa física da mercadoria a terceiro decorrente de venda à ordem, já tendo sido oferecida à tributação a operação mercantil de venda praticada com estabelecimento de outro Estado, nos moldes da legislação vigente (infração 1);
- ii. não houve retenção a menor do ICMS ST, tendo a Fiscalização assim concluído por uma série de equívocos, tais como a desconsideração de que algumas das operações em tela estavam agraciadas pelo benefício fiscal da redução da base de cálculo e, ainda, a aplicação da MVA (Margem de Valor Agregado) original equivocada (infração 2);
- iii. a multa aplicada no percentual de 60% sobre o valor apurado da exação possui caráter confiscatório. Ao final, requereu prova pericial.

Observa que na Informação Fiscal o autuante promoveu a rerratificação do lançamento, anuindo parcialmente aos argumentos defensivos, especificamente para: (i) Corroborar a aplicação do benefício da base de cálculo reduzida do ICMS, nas operações com alguns dos itens autuados, a saber, pregos e grampos. (ii) Considerar que a operação de venda do item telas (NCM 73.14.2000),

praticada pela empresa, tratou de remessa de mercadorias classificadas como bens de uso e consumo para consumidor final, oportunidade em que se aplica a sistemática de cálculo do tributo mais benéfica à empresa (retenção/recolhimento, pelo remetente, do imposto correspondente ao DIFAL incidente na operação - e que seria, a princípio, quitado pelo contribuinte destinatário -, calculado sobre a base de cálculo adotada pelo remetente), com base no Protocolo ICMS nº 26/10.

Salienta que por outro lado, o autuante ratificou os demais itens da autuação, mantendo a integralidade do lançamento em relação à parcela remanescente do Auto de Infração, desconsiderando a alegação do item “i”, supra, argumentando que *“a mercadoria teve seu curso continuado a partir do estabelecimento baiano. Logo, as operações internas subsequentes foram por ele praticadas”*.

Acrescenta que em relação ao item “ii”, o autuante apresentou os seguintes argumentos para manter a autuação: (a) em relação aos produtos NBMs 7213.1000 e 7214.2000, a vigência do benefício fiscal se deu apenas até o dia 31.03.2012; (b) houve, também, enquadramento equivocado do produto arames na NCM 72.17.10.90. Especificamente no que toca à multa confiscatória, o Fisco defendeu a legalidade da penalidade, na medida em que possui previsão legal na legislação de regência e, ao final, argumentou que a prova pericial é dispensável.

Sustenta que não é assim. No que concerne à infração 1, diz que o autuante concluiu que o ICMS ST da operação de venda à ordem que praticou com empresa do Paraná deveria ter sido recolhido aos cofres do Estado da Bahia, e não àquele Estado, , sob o fundamento de que a mercadoria permaneceu em território baiano, tal como confessou em suas razões de impugnação.

Alega que realizou operação mercantil, materializada na venda de mercadoria à empresa localizada no Paraná, oferecida à tributação com o recolhimento do imposto para aquele Estado, tendo remetido a mercadoria, à ordem do adquirente, para estabelecimento deste localizado no Estado da Bahia.

Aduz que essa dinâmica de acontecimentos, porém, não avaliza a conclusão da Fiscalização acima referenciada, sendo fruto de uma supervalorização equivocada da *circulação física* da mercadoria, quando, na verdade, a hipótese de incidência do imposto deve ser entendida sob a ênfase da *operação*, sendo a primeira (*circulação física*) mera consequência sua, conforme leciona a doutrina.

Observa que nesse cenário, tendo ocorrido operação mercantil consubstanciada na venda de mercadoria à empresa do Paraná, portanto, operação interestadual, coube-lhe, tal como ordena a legislação citada como fundamento para a própria autuação e nos seus estritos limites, recolher o ICMS ST para aquele Estado. Reproduz o art. 10 da Lei n. 7.014/96.

Assevera que fuge à sua competência, a pretexto de agir sob o manto de qualquer critério de equidade ao juízo do Estado da Bahia, agir em exceção à norma posta, que, aliás, limita o agir do próprio Estado, o qual caso se sinta prejudicado, deve, isto sim, propor alteração da legislação no âmbito do CONFAZ e não agir na ilegalidade.

Diz que não bastasse isso, esse mesmo fundamento legal suscitado pela Fiscalização para legitimar a exigência do imposto obriga ao recolhimento do ICMS ST na hipótese de operação interestadual, a qual justamente tenta a Fiscalização descaracterizar, criando uma operação interna, ao restringir sua análise à circulação física da mercadoria. Ou seja, a imputação que lhe foi feita carece de qualquer respaldo legal.

Afirma que em nenhum momento a Fiscalização suscitou dispositivo legal que lhe obrigasse ao recolhimento do ICMS-ST, ainda que se partisse do pressuposto de que se trata de operação interna, o que por si só já justificaria a anulação da autuação.

Conclusivamente, diz que, é por essa razão, que espera dos julgadores que reconheçam a total insubsistência da infração 1.

Quanto à infração 2, diz que em síntese, percebe-se que o trabalho fiscal refez o cálculo do ICMS-ST de operações de remessa de mercadorias para contribuintes situados no Estado e cotejou com o montante que recolhera, apurando suposta diferença devida a este título.

Alega que na Defesa exordial, em primeiro lugar, esclareceu que o autuante não levou em consideração, no seu cálculo, que determinadas operações, selecionadas a partir dos itens envolvidos, estavam amparadas pelo benefício da redução da base de cálculo, nos termos do Convênio ICMS 33/96, notadamente aquelas que abrangeram os itens classificados pelas NCMS 7213.1000 e 7214.2000, o que justificaria a diferença apurada.

Observa que sobre a questão, contudo, o Fisco asseverou que o Estado da Bahia somente admitiu o incentivo da carga tributária diminuída para operações com os NCMS 7213.1000 e 7214.2000, até o final da vigência do RICMS de 1997, isto é, 31/03/2012, o que seria perfeitamente possível, já que o aludido Convênio seria de cunho apenas autorizativo, *“porquanto a unidade federativa que dele participou haverá de implementar as suas bases na legislação interna para que aquele possa produzir efeitos jurídicos no âmbito territorial respectivo”*.

Afirma que ao ratificar o Convênio e incorporá-lo à legislação tributária estadual, o Poder Executivo Estadual não poderia fazê-lo de forma diversa do que foi previsto daquele, pois os convênios já expressam a vontade do Poder Executivo dos entes da federação, que nas reuniões do CONFAZ estão representados por seus agentes políticos, tais como os Secretários da Fazenda.

Salienta que a situação em comento não se trata da polêmica discussão sobre os convênios serem classificados em impositivos ou autorizativos, conforme intenta fazer crer a Fiscalização, mas sim da possibilidade de determinado Estado-membro, após aceitar e internalizar um convênio, limitá-lo unilateralmente, alterando a redação original do benefício fiscal.

Assinala que conforme a Lei Complementar nº 24/75, recepcionada pela Constituição da República de 1988, os benefícios fiscais em geral são concedidos ou revogados nos termos de convênios celebrados em reuniões do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ. Acrescenta que, o descumprimento a tal pressuposto acarreta a nulidade do ato de concessão da benesse, ineficácia da remissão e/ou do crédito fiscal atribuído e a exigibilidade do imposto não pago/devolvido.

Frisa que tal procedimento foi edificado para evitar a guerra fiscal e atuar na harmonia das relações de produção e consumo entre as diversas regiões do país. Acrescenta que, dessa forma, esse mote, de evitar qualquer anomalia que prejudique o desempenho da economia e comprometa a equalização do pacto federativo, já dimensionadas no âmbito do CONFAZ ao firmar um dado Convênio não pode ser transposto de forma individual.

Assegura que os benefícios concedidos pelo CONFAZ subsistem nos exatos limites e contornos definidos no Convênio respectivo, não estando os Estados autorizados a modifica-los após a sua internalização. Neste sentido, invoca e transcreve lição de Alcides Jorge Costa.

Diz que é exatamente isso, contrariando o acima exposto, que pretendeu fazer o Estado da Bahia, apontando a cessação do benefício fiscal em questão a partir de 01/04/2012, data da entrada em vigor do RICMS/12, e exigindo, assim, a suplementação do pagamento da exação.

Salienta que, obviamente, não se quer dizer que o estado é obrigado a ratificar os convênios do CONFAZ, contudo, não pode, através de norma posterior, alterar os seus termos, o que só seria possível na eventualidade de edição de um novo convênio que atenda aos exatos termos da LC 24/75.

Ressalta que a doutrina é uníssona no sentido de que o Convênio é incorporado no ordenamento jurídico com *“status”* de lei ordinária, de sorte que o decreto que aprovou o novo Regulamento do ICMS não poderia, posteriormente a sua incorporação pelo Estado, alterá-lo, sob pena de subverter a lógica do ordenamento jurídico pátrio, em franca ofensa à hierarquia das normas.

Aduz que desse modo, decorrendo da própria literalidade do Convênio ICMS 33/96, não há como

se furtar à sua aplicação para as operações que envolvem os itens classificados pelas NCMs nº 7213.1000 e 7214.2000, como no presente caso.

Assinala que ainda em relação à infração 2, o Fisco alega que promoveu o enquadramento equivocado do item NCM 7217.1090, no caso arames, ao argumento de que este deveria ter sido classificado na posição 7313.0000, com o fito de valer-se indevidamente do benefício da redução da base de cálculo.

Afirma que mesmo se considerar que eventualmente classificou o item em testilha erroneamente, descabe falar-se em redução indevida da base de cálculo, uma vez que o próprio RICMS/BA/12 traz expressamente a aplicação do benefício para a NCM 7313.0000 – posição tida por correta pelo Fisco. Neste sentido, transcreve o teor do art. 266, II, “b”, do RICMS/BA/12.

Conclusivamente, diz que o fato de ter supostamente classificado o item arames em posição equivocada na NCM não altera a sistemática de apuração do tributo adotada por aquela, sobretudo a base de cálculo/alíquota eleitas, o que afasta a hipótese de recolhimento a menos da exação albergada pelo Fisco.

Ressalta que em relação à multa confiscatória, o Fisco nada mais argumentou senão o fato de que a penalidade encontra-se prevista na legislação de regência e, portanto, deve ser aplicada.

Alega, no entanto, que a competência da imposição de multa esbarra nas normas extraídas da própria Constituição da República, sobretudo o direito de propriedade e o princípio do não confisco, de modo que, não pode a legislação de regência ir de encontro às normas que dão o tom basilar do ordenamento jurídico, sob pena de vício de inconstitucionalidade.

Aduz que dessa forma, conforme já exposto, cabe a este órgão julgador afastar a aplicação das multas incidentes ao caso, na medida em que elas apresentam nítido caráter confiscatório.

Acrescenta que além disso, em que pese o Fisco discordar da necessidade de prova pericial a ser produzida no caso, ao argumento de que basta consultar a legislação para auferir a MVA aplicável ao caso e que basta analisar o objeto social das empresas adquirentes dos produtos para confirmar se a venda do produto foi destinada a revenda ou consumo final, a questão não é tão simples assim.

Salienta que a grande quantidade de documentação apresentada na impugnação, aliada à necessidade de auferir a natureza jurídica das operações, bem como à necessidade de revisar os cálculos realizados pela auditoria maculados por diversas inconsistências apontadas, em concreto, mediante vários exemplos, na impugnação e ratificadas na manifestação, torna imprescindível a prova pericial requerida anteriormente, cujos quesitos, inclusive, já foram devidamente apresentados.

Conclusivamente, reitera os argumentos apresentados na peça defensiva em relação aos demais equívocos perpetrados pela Fiscalização, sobretudo no que toca às mercadorias destinadas ao consumidor final que não foram objeto de retificação da autuação, ao equívoco no cálculo da auditoria fiscal por ter desconsiderando o benefício em testilha nas demais operações, salvo venda de pregos e grampos, bem como ao equívoco no cálculo da auditoria fiscal por ter utilizado da MVA original equivocada.

Finaliza a Manifestação requerendo o cancelamento integral do Auto de Infração.

O autuante prestou Informação Fiscal complementar (fls. 219 a 231). Ressalta que em face de o autuado ter sido intimado novamente ante o refazimento do demonstrativo de débito resultante da sua concordância de parte dos argumentos defensivos, informações fiscais complementares se mostram imperiosas. Salienta que a concordância será revogada nos moldes descritos mais adiante.

Frisa que desta feita, há de se separar em tópicos as discussões para servirem de referencial quando do julgamento por parte do CONSEF, conforme abaixo:

1. Falta de retenção face operações cujas mercadorias foram enviadas para a Bahia, a despeito de serem faturadas para estabelecimento paranaense;
2. Retenção a menor para os produtos classificados nas NCMs 7213.1000 e 7214.2000, posto a redução da base impositiva só ter vigorado até 31.3.2012;
3. Retenção a menor para produtos equivocadamente classificados na NCM 7217.1090, quando deveriam ser enquadrados na NCM 7313.0000 - os arames;
4. Retenção a menor para os pregos e grampos, particularidade que posteriormente esta Auditoria entendeu como incorreta e que, ainda em tempo hábil, revoga a sua posição e restabelece a cobrança inicial;
5. Retenção a menor para as telas, infração que se sustenta ser procedente;
6. Aplicação da multa, no ver do sujeito passivo como confiscatória;
7. Apreciação do pedido de diligência pericial.

No que tange ao tópico 1, diz que o impugnante alega que não reteve o imposto porque as mercadorias foram vendidas para um estabelecimento e remetidas fisicamente para outro do mesmo cliente situado na Bahia. Afirma que se identifica neste ponto uma confissão do contribuinte.

Consigna que efetivamente, a mercadoria teve seu curso continuado a partir do estabelecimento baiano, logo, as operações internas subsequentes foram por ele praticadas.

Observa que a substituição tributária para a frente visa cobrir as operações subsequentes, portanto, estas operações ocorreram em território baiano, conforme admitiu o próprio autuado, logo, é a Bahia quem deve ser beneficiária do ICMS-ST.

Ressalta que nenhuma serventia tem o entendimento sumulado para o deslinde da questão, pois este se refere apenas à operação própria praticada, nada tendo a ver com os fatos geradores futuros alcançados pela retenção que deveria ter sido feita.

Conclusivamente, mantém a infração.

No tocante ao tópico 2, observa que a linha principal da impugnação alude ao fato de, por força do Convênio ICMS 33/96, para produtos classificados em algumas NCMs, haver previsão de redução de base de cálculo nas operações internas realizadas no Estado signatário, de forma que a carga tributária se atenha a 12%. Reitera o que dissera na Informação Fiscal sobre este tópico.

Relativamente ao tópico 3, observa que a questão ainda a ser tratada alude ao fato do sujeito passivo insistir na improcedência da cobrança do imposto incidente sobre as operações com arames.

Observa que o autuado inicialmente sustentou que ditos produtos estariam classificados na NCM 7217.1090, mas de certa forma aquiesceu com a Auditoria em atribuir melhor enquadramento na codificação 7313.0000, conforme se depreende a fl. 99 dos autos.

Salienta que o único óbice levantado pelo impugnante foi o de que esta última NCM também estaria bafejada pelo incentivo da redução da base de cálculo, *ex vi* do art. 266, II, “b”, do RICMS-BA.

Assevera que o equívoco do impugnante reside justamente aí. Reproduz o art. 266, II, mais suas alíneas do RICMS/BA.

Afirma que é ponto incontroverso no caso em lide que as transações alcançadas pela autuação aludem a operações interestaduais.

Observa que o art. 266, II, mais suas alíneas do RICMS/BA, parte da redução da base de cálculo guarda inspiração em acordo interestadual, no caso o Convênio ICMS 33/96 e parte dos produtos ali elencados, embora não contemplados no citado Convênio, foram privilegiados por ato

unilateral praticado pela Bahia em sua legislação interna.

Destaca que tanto numa como noutra situação, o benefício só pode ser adotado nas operações internas, de modo que seria aplicável para estabelecimentos baianos que promovessem operações de tais produtos dentro do próprio Estado.

Consigna que duas situações hão de ser consideradas para a adoção da base diminuída em 20%, conforme explica abaixo:

- I. Para os produtos cotejados no Convênio ICMS 33/96, nos quais não estão os arames, pregos e grampos, e, ainda assim, tão somente para as operações interestaduais, evidentemente promovidas por empresa situada fora do território baiano, circunstância que se coaduna perfeitamente com o caso dos autos.
- II. Para os produtos previstos no art. 266, II, do RICMS-BA, nos quais estão produtos - mas não todos - coincidentes com os cotejados no Convênio ICMS 33/96, neste caso, referidos exclusivamente para operações internas, evidentemente promovidas por empresa localizada na Bahia e que realize vendas para dentro do seu território, circunstância que não se casa com a hipótese dos autos.

Repete que a autuação só abrangeu operações interestaduais e a hipótese I é a única a ser considerada para efeito de julgar a exigência procedente ou improcedente.

Afirma que daí estarem fora do incentivo fiscal para as operações interestaduais os arames, os pregos e os grampos, sendo que estes últimos serão objeto de nova abordagem no próximo tópico.

No que concerne ao tópico 4 - Retenção a menor para os pregos e grampos – diz que particularidade que posteriormente entendeu como incorreta e que, ainda em tempo hábil, revoga a sua posição e restabelece a cobrança inicial.

Assinala que nas suas primeiras informações fiscais admitiu retirar do levantamento fiscal os pregos e grampos, e assim procedeu conforme fls. 185, 187/188.

Porém, diz que ao examinar melhor a controvérsia, reviu seu posicionamento e agora mantém na integralidade a cobrança inicial do tributo.

Esclarece que a situação se mostra rigorosamente igual aos arames.

Assevera que os pregos e grampos possuem previsão expressa de terem suas operações submetidas à retenção do imposto nas vendas interestaduais, conforme prenuncia o item 61 do Anexo Único do Protocolo ICMS 26/10.

Acrescenta que não existe para este mesmo tipo de operação, a teor do Convênio ICMS 33/96, previsão para ter a base impositiva minorada.

Registra que tal procedimento só será admissível nas operações internas, o que não configura o caso em tela.

Diante disso, pede o autuante *vênia* para revogar o seu entendimento expressado à fl. 185, e solicita que seja desconsiderado o novo demonstrativo de débito elaborado às fls. 187/188, respectivo relatório analítico, e sustenta que os valores a serem cobrados são aqueles indicados no demonstrativo de débito original, anexo ao Auto de Infração às fls. 04 a 06.

No tocante ao tópico 5, repete o que dissera na primeira Informação Fiscal.

Quanto ao tópico 6, reitera o que dissera na Informação Fiscal.

No que diz respeito ao tópico 7, reitera que o pedido de realização de perícia se mostra dispensável, pois não há a menor necessidade de se fazer perícia para atestar os eventos apontados.

Finaliza mantendo integralmente o Auto de Infração.

O autuado, cientificado das “Informações Complementares”, se manifestou (fls.237 a 245).

Consigna que na Informação Fiscal o autuante concordou com alguns dos argumentos defensivos para expressamente (i) reconhecer o benefício fiscal da base de cálculo reduzida do ICMS nas operações com pregos e grampos, bem como (ii) admitir o benefício também em operações de venda de mercadorias para consumidores finais, a exemplo da Nota Fiscal n.º 482051, promovendo a reformulação do demonstrativo de débito. Alega, contudo, que o autuante manteve a autuação em relação aos demais aspectos já exaustivamente debatidos nos presentes autos.

Afirma que nada obstante a isso, e sem qualquer previsão legal, o autuante anexou aos autos o que lhe conveyio denominar de “INFORMAÇÕES FISCAIS COMPLEMENTARES”, para simplesmente refazer novamente o demonstrativo de débito, agora não mais concordando com os argumentos defensivos, conforme inicialmente o fez restabelecendo os valores autuados precipuamente firmados, bem como para repetir fielmente os demais argumentos utilizados para manter a autuação.

Assinala que para “revogar” a sua retratação, alegou o autuante que *“admitiu retirar do levantamento acusatório os pregos e grampos (...). Todavia, ao examinar melhor a controvérsia, o autuante reviu seu posicionamento e agora mantém ipsis litteris a cobrança inicial do tributo. Os pregos e grampos possuem previsão expressa de terem suas operações submetidas à retenção do imposto nas vendas interestaduais, conforme prenuncia o item 61 do Anexo único do Prot. ICMS 26/10. E não encontram para este mesmo tipo de operação, a teor do Conf. ICMS 33/96, previsão para ter a base imponível minorada. Tal procedimento só será admissível nas operações internas, o que não configura o caso em tela”* (fl. 228).

Alega que ao tecer os argumentos para revogar a redução do débito, o autuante elevou fundamento jurídico até então não destacado inicialmente, qual seja, de que não se aplica o benefício fiscal aos pregos e grampos visto que foram comercializados em operações interestaduais, ao passo que o benefício se aplicaria apenas em operações internas.

Alega que sequer é possível a adoção de novos critérios jurídicos, diferentes daqueles até então sustentados, devendo ser observado o mandamento contido no artigo 146 do CTN, que limita a atividade de lançamento. Reproduz o referido dispositivo legal. No mesmo sentido, invoca e reproduz excertos de lições de Luciano Amaro e Ricardo Lobo Torres.

Salienta que não se trata 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. Diz que o CTN pretendeu, com isso, assegurar a estabilidade e segurança da relação fisco-contribuinte.

Consigna que 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 no caso. Neste sentido, invoca e reproduz ensinamentos de Gilberto de Ulhoa Canto e Paulo de Barros Carvalho. Acrescenta que tanto é assim que o artigo 149 do CTN, não contempla em seus incisos, nenhuma hipótese de erro de interpretação para viabilizar a revisão, de ofício, do lançamento.

Observa que a 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. Assinala que segundo Luciano Amaro, no aludido dispositivo repousa *um direito subjetivo intocável contra o Fisco por quem, figurando como sujeito passivo em certo lançamento, efetuado de acordo com determinado critério jurídico, tem*

o direito de não ver inovado esse critério (em futuros lançamentos), a não ser em relação a fatos geradores ocorridos após a introdução do novo critério.

Registra que a vedação da revisão de ato de lançamento em tais situações vem sendo confirmada pela jurisprudência pátria de forma pacífica, sendo que a matéria já foi apreciada 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, reproduz parcialmente.

Diz que, além disso, a partir da inexistência perpetrada pelo Fisco quando da verificação da ocorrência dos fatos geradores e da determinação da matéria tributável, obrigações estas afetadas ao autuante, pois ora concorda com as razões defensivas, ora discorda, sem contudo ter havido qualquer alteração da matéria fática já posta, estar-se-á diante de uma verdadeira panaceia jurídica construída pelo Fisco, o que, por óbvio, não pode prevalecer, conforme bem determina o artigo 18, IV do RPAF/BA.

Ressalta que não se pode descuidar ainda para o fato de que as ditas “INFORMAÇÕES FISCAIS COMPLEMENTARES” não encontram qualquer espaço na legislação de regência. Ou seja, não existe no RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, nenhuma regra ou princípio capaz de autorizar a complementaridade realizada pelo Fisco, sobretudo quando não há qualquer fato novo a justificá-lo.

Alega que se não fosse isso, não tem nenhum cabimento o motivo suscitado pela Fiscalização para se retratar do entendimento que acatou parte das razões defensivas sob o fundamento de que:

“Os pregos e grampos possuem previsão expressa de terem suas operações submetidas à retenção do imposto nas vendas interestaduais, conforme prenuncia o item 61 do Anexo Único do Prot. ICMS 26/10.

E não encontram, para este mesmo tipo de operação, a teor do Comv. ICMS 33/96, previsão para ter a base impositiva minorada.

Tal procedimento só será admissível nas operações internas, o que não configura o caso em tela”.

Destaca que há uma nítida confusão por parte da Fiscalização entre a origem da obrigação de reter (operação interestadual) e qual a forma de cálculo do imposto que deve ser retido, correspondente à antecipação do imposto incidente nas operações subsequentes de revenda.

Assevera que no caso, parte das operações do estabelecimento consistiu na remessa de mercadorias a contribuintes baianos, destinadas a posterior revenda, competindo-lhe, em razão dessa operação interestadual, reter e recolher o tributo devido em relação às operações subsequentes, em conformidade com o Protocolo nº 26/10. Acrescenta que essa operação, em si, não está sujeita ao benefício fiscal da base de cálculo reduzida, o que está fora de discussão.

Salienta que por certo, há que se observar qual o imposto (carga tributária) incidente nas operações subsequentes, que deve ser retido/antecipado. Nesse diapasão, extrai-se do sobredito Protocolo, que para calcular o imposto devido em relação às operações de revenda (ICMS-ST), deve-se aplicar a alíquota “vigente nas operações internas a consumidor final **na unidade federada de destino**” sobre a base de cálculo, que é (i) “o valor correspondente ao preço único ou máximo de venda a varejo fixada pelo órgão público competente”, ou, inexistindo este último, (ii) o preço da mercadoria praticado pelo remetente, acrescido da denominado Margem de Valor Agregado (MVA).

Alega que nesse contexto, a posterior revenda das mercadorias, já dentro do território da Bahia, está submetida ao imposto sob a base de cálculo reduzida, de forma que a sua incidência resulte numa carga tributária de 12%, conforme se infere, por exemplo, do artigo 266, do RICMS, cujo teor reproduz.

Assevera que assim sendo, se o ICMS-ST visa o recolhimento do imposto devido nas operações subsequentes de revenda, deve tomar em conta o benefício fiscal aplicável a essas operações, sob pena de se impor à empresa uma carga tributária maior do que a prevista na legislação do Estado

da Bahia.

Ressalta que a Fiscalização retificou expressamente o seu entendimento anterior, apenas na parte que havia estendido a aplicação do benefício da base de cálculo reduzida do ICMS, nas operações com pregos e grampos.

Sustenta que por outro lado, deve-se manter o entendimento originário da autoridade fiscal que determinava a exclusão da exigência sobre as notas fiscais referentes às operações de remessa de telas praticadas para consumidores finais que também contam com o benefício da base de cálculo reduzida. Neste sentido, reproduz o trecho em que o autuante, em sua primeira Informação Fiscal, reconhece os argumentos defensivos.

Finaliza a Manifestação requerendo o cancelamento integral do crédito tributário indevidamente lançado.

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal, após análise e discussão, converteu o feito em diligência à IFEP COMÉRCIO (fl.250), para cumprimento pelo autuante ou outro Auditor Fiscal designado, a fim de que fosse feita uma revisão fiscal do levantamento referente à infração 2, observando que no período de janeiro de 2011 até maio de 2013, deveria 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. A partir de junho de 2013, deveria utilizar as MVAs ajustadas previstas no Anexo I do RICMS/BA/12, Decreto n. 13.780/12.

O autuante cumpriu a diligência (fls.254 a 266). na forma das Informações Fiscais Suplementares pós diligência que apresenta. Registra que foi solicitada pela JJF a retificação da MVA ajustada nos demonstrativos das operações mercantis. Registra, ainda, que o autuado protocolizou a petição de fls. 237 a 245, cujo teor merece ser rebatido na sua inteireza, até para fazer honrar os princípios do contraditório e da verdade material.

Observa que desse modo, são duas as missões a serem encampadas: (1) revisar os cálculos originais do montante devido pelo contribuinte e manifestar-se a respeito deles, oferecendo as devidas explicações e (2) posicionar-se a respeito da absurda tese de ter ocorrido no presente PAF o efeito previsto no art. 146 do CTN.

Esclarece que para facilitar a exposição, tratará cada uma delas em tópicos, conforme a seguir.

Reporta-se sobre a revisão dos demonstrativos.

Consigna 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 em Anexo único novas MVAs originais, que seriam o ponto de partida para as MVAs ajustadas.

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

Alega que nessa toada, há de fato necessidade de se proceder à revisão dos valores cobrados entre agosto de 2011 e junho de 2013, de sorte que o novo demonstrativo de débito passa a ser o que reproduz:

Rechaça a tese defensiva da mudança dos critérios jurídicos.

Inicialmente, diz que todo agente público, no exercício de suas atribuições, pode modificar um pronunciamento anterior, de ofício ou a pedido do interessado, desde que fundamentado. Observa que portaria e decreto podem ser revogados, assim como um ato administrativo. Aduz que um juiz pode reconsiderar um despacho exarado anteriormente, inclusive reformar uma decisão sua terminativa, através dos remédios processuais adequados.

Registra que o STF por diversas vezes já mudou seu entendimento em face de determinada questão, afetando toda a população brasileira. Acrescenta que os doutrinadores, nas suas lições, reveem seus pontos de vista, e, nas edições literárias atualizadas, os apresentam em linha diametralmente oposta ao que sustentavam. Diz que até mesmo o contribuinte pode adotar posição diversa, ao contestar um Auto de Infração, num primeiro momento, e depois resolver liquidá-lo, num outro. Um médico, no seu diagnóstico e tratamento. Um engenheiro, no seu projeto estrutural. Um político, na defesa de uma proposição legislativa. Indaga por que não o auditor de tributos, ao construir uma exigência que necessita de instrução processual.

Afirma que isso tudo é permitido porque é da inerência humana haver mudanças de pensamento, a bem da sociedade.

Destaca que o lançamento de ofício em questão está em formação, não tendo sido definitivamente constituído nas vias administrativas. Alega que assim sendo, nada impede que no curso do processo administrativo fiscal, quando ainda o lançamento submete-se à produção de provas e confrontação dos argumentos expendidos na contestação, sobretudo em se tratando de temas de grande complexidade que norteiam a legislação do ICMS, a exemplo do que se desenvolve no presente caso.

Observa que o contraditório precisa ser prestigiado no debate administrativo acerca de tributos, tanto de um lado como no outro. Acrescenta que a impugnação do sujeito passivo não se esgotou na petição de fls. 94 a 113, prolongando-se nas manifestações que a sucederam, as quais devem ser postas sob análise do autuante, pois do contrário haverá um desbalanceamento de forças articulatórias no processo.

Destaca que o mais importante ainda é o cuidado que se deve ter com a verdade material, linha-mestra a ser respeitada em qualquer discussão sobre cobrança tributária. Ou seja, em última análise, será fundamental que todas as pessoas envolvidas no litígio empreendam esforços para buscar a melhor alternativa fático-jurídica para definir se subsiste ou não subsiste determinada imposição tributária.

Assinala que estas são as palavras iniciais que se mostram imprescindíveis para bem compreender e rechaçar a absurda tese defendida agora pelo autuado.

Reporta-se sobre a mudança na adoção do critério jurídico do lançamento.

Aduz que o autuado alega ter havido 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. Transcreve as palavras do autuado.

Esclarece que o Auto de Infração, quando foi lavrado, contemplou pregos e grampos como produtos estranhos ao citado favor fiscal, até porque os demonstrativos tratavam tais mercadorias com tributação normal antecipada.

Afirma que desse modo, engana-se o autuado ao dizer ter sido construído fundamento jurídico até então não cogitado inicialmente, isto é, de ser inaplicável o benefício para pregos e grampos.

Diz que ao contrário, o lançamento original fincou sustentação no fato de tais produtos não terem a base de cálculo reduzida. Acrescenta que isto está representado expressamente nos demonstrativos anexados com o Auto de Infração.

Assevera que desse modo, não houve mudança de critério jurídico que possa afetar os fatos geradores alcançados pelo lançamento, até porque este não está definitivamente constituído na instância administrativa.

Reafirma que não houve qualquer mudança de critério em face do posicionamento inicial. Alega que ocorreu apenas uma inflexão durante a discussão com o sujeito passivo, revogada ainda a tempo de manter-se a cobrança original.

Aduz que nada obsta que no procedimento mental de materialização final do lançamento posicionamentos sejam tomados, à luz das análises posteriormente efetuadas em vista dos argumentos e provas produzidos de parte a parte. Acrescenta que se fosse assim o Auditor Fiscal estaria reduzido à condição de autômato, não podendo sequer reconsiderar suas decisões e seguir um rígido *script* até o fim.

Afirma que não é o caso de ter surgido um posicionamento jurisprudencial, como se menciona na razão defensiva, e querer o autuante aplicá-lo retroativamente.

Diz que nem a situação se coaduna com nenhuma das citações doutrinárias ou dos casos tratados pela jurisprudência do STJ, como quer induzir o sujeito passivo.

Observa que se não tivesse inserido os pregos e grampos como produtos cujas operações interestaduais apontam recolhimento insuficiente de ICMS-ST, justamente pelo fato deles estarem de fora do incentivo fiscal quando oriundos de outros Estados, e depois se quisesse colocá-los nesta condição, aí sim haveria modificação de critério jurídico para os fatos geradores alcançados. Diz que esta é a leitura do art. 146 do CTN.

Repete que a situação é diferente: desde o começo se sustentou que referidos itens não se enquadram no favor nas operações interestaduais. Diz que apenas ocorreu uma tomada de posição no curso do processo, diante de afirmações articuladas na peça defensiva, imediatamente revogada ainda na fase instrutória, restabelecendo-se a cobrança original, no pleno exercício do contraditório.

Afirma que mesmo que a situação retratada pudesse se amoldar à previsão do art. 146 do CTN, o que admite por excesso de zelo, não há que se falar em mudança de interpretação para aplicá-la a fatos geradores já abrangidos em lançamento anterior, mas violação a literal dispositivo de lei.

Observa que no entendimento do impugnante, houve erro de direito, de sorte que quando há este tipo de equívoco deve-se aplicar o mencionado dispositivo complementar, segundo entendimento jurisprudencial majoritário.

Contesta tal entendimento. Diz que se erro houve, este foi da parte do defendente, pois o multicitado art. 146 do CTN não pode ser invocado na presente lide, por abranger situação de direito que não deixa lacunas para que tal preceito progrida.

Reporta-se sobre violação a literal dispositivo de lei.

Assinala que a questão não passa pela variação de critérios jurídicos, pois não há espaço para critérios quando a norma só oferece uma regra a seguir. Diz que se no passado optou-se pelo critério de considerar a MVA em vez do preço sugerido, tal critério jamais poderá ser chamado de jurídico, porque escolhido em violação flagrante ao dispositivo de lei. E se violenta a lei, não

pode ser denominado de jurídico.

Afirma que a fixação do benefício da redução da base de cálculo para grampos e pregos alcança exclusivamente as operações internas efetivadas durante todo o ciclo de produção/consumo dos citados materiais, de sorte que se um agente econômico estiver situado em outro Estado o favor se torna inaplicável.

Reproduz o dispositivo legal. Diz que não há vacilações acerca de em que circunstâncias o favor fiscal deve ser utilizado. Assevera que a lei não deixou vazios para construções mentais interpretativas ou adoção de critérios jurídicos. Acrescenta que se não há espaços para esforços de hermenêutica, incabível é o art. 146 do CTN.

Observa que os tributaristas convergem em admitir a aplicação da mencionada disposição legal exclusivamente nas situações em que haja espaço para interpretações jurídicas. Neste sentido, invoca e reproduz lições de Ricardo Alexandre, Hugo de Brito Machado Segundo, Sérgio Pinto Martins e Luciano Amaro. Observa que não só os doutrinadores clássicos se posicionaram a respeito do tema, mas articulistas de escol também comungam da mesma opinião, como Kiyoshi Harada, Antonio Elmo Gomes Queiroz e Mary Elbe Queiroz, Eduardo Sabbag, conforme textos que reproduz.

Assevera que o autuado não pode invocar em seu favor a segurança jurídica porque as relações entre as pessoas só podem ser pacificadas se estiverem afinadas com a lei, na forma como funciona no estado de direito. Acrescenta que fora dela não há segurança jurídica ou proteção da confiança, mas estado anárquico, seja em proveito do sujeito ativo, seja em proveito do sujeito passivo. Frisa que em lúcido estudo a respeito destes princípios jurídicos, Rodrigo Augusto Verly de Oliveira discorre sobre a convivência entre eles, conforme texto que reproduz.

Observa que não se pode olvidar que a atividade administrativa do lançamento é plenamente vinculada, a teor do art. 3º do CTN, de sorte que o servidor dele encarregado deve agir conforme a lei. Diz que se por um infortúnio ou inacessibilidade aos fatos violenta-se a lei, sendo o lançamento ato administrativo típico, cabe à Administração Pública extirpá-lo do mundo jurídico. Assinala que neste compasso, o E. STF editou a Súmula 473, cujo enunciado transcreve.

Conclusivamente, sustenta que o benefício de redução da base de cálculo previsto no art. 266 alcança apenas as operações internas feitas com tais mercadorias, enquanto estiverem fornecedor e cliente em território baiano, inexistindo previsão para se autorizar a redução quando fornecedor e cliente estejam em unidades federadas distintas, como é o caso dos autos. Diz que pretender estende-la para aquisições interestaduais significa dar interpretação ampliativa ao benefício, sendo cediço que os incentivos fiscais hão de ser interpretados restritivamente.

Reporta-se sobre a síntese da posição atual da auditoria.

Consigna que diante de tantas idas e vindas do processo e no sentido de conferir coerência ao posicionamento atualmente sustentado na autuação, com o objetivo deste Consef entender o contraditório e pautar a sua construção elucidativa, a linha de argumentação pró cobrança está pautada nas seguintes diretrizes:

- *Ocorrência processual extraordinária: após decretada revelia e inscrição do crédito na dívida ativa, prazo foi reaberto para oferecimento de defesa, face o equívoco do ato da intimação ter sido “envelopado errado em outro processo” (sic.), conforme declaração do setor de preparo.*
- *Confissão da autuada no que toca ao cometimento da infração 1.*
- *Perduração da base impositiva reduzida somente até 31.3.2012 para os produtos integrados à NBM 7213.1000 e 7214.2000.*
- *Inaplicação do citado benefício para pregos e grampos, não significando a manutenção da cobrança inicial na situação prevista no art. 146 do CTN.*
- *Enquadramento errôneo dos arames na NCM 7217.1090.*
- *Retirada de duas notas fiscais relacionadas a vendas de telas para a “Fertipar”, permanecendo a*

exigência para os demais casos.

– Acatamento da diligência do Consef no sentido de adotar novas MVAs entre agosto de 2011 e junho de 2013.

– Impertinência do pedido de perícia.

– Impertinência da multa confiscatória.

Finaliza dizendo que após o recálculo do valor levantado tão somente no que toca a operações com telas destinadas a um cliente específico, o presente Auto de Infração há de ser julgado procedente em parte.

O autuado requereu a prorrogação do prazo de 30 dias para atendimento da intimação apresentada pelo autuante (fl.272), cujo pedido foi deferido pelo senhor Inspetor Fazendário (fl.275-v.)

O autuado se manifestou (fls.278/279). Consigna que se manifestará acerca da revisão das MVAs levada a efeito pelo autuante, em cumprimento de determinação desta Junta de Julgamento Fiscal, bem como requer seja carreada a anexa planilha, em mídia eletrônica, que aponta em quais operações deveria ter sido observado o benefício da redução da base de cálculo, para apuração do imposto devido por substituição e não foi, registrando o fundamento legal aplicável à espécie.

Ressalta que para calcular qual seria a diferença eventualmente devida, basta substituir o percentual de 17%, na coluna M, por 12%. Diz que apenas a título exemplificativo, em relação ao item identificado pelo código NCM nº 73170090, acaso tivesse sido aplicado o percentual de 12% (art. 87, IV, RICMS/97) sobre a Base de Cálculo apurada para o ICMS-ST, após reduzido o valor do ICMS próprio e subtraído o valor retido, restaria apenas o valor de R\$ 15,44, e não o valor que lhe foi imputado de R\$ 135,08.

Registra quanto ao ICMS-ST que, em que pese represente uma exceção à regra geral segundo a qual a *obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador* (art. 113, § 1º, do CTN) e espécie de tributação de um fato presumivelmente ocorrido, o regime jurídico aplicável e que deve ser observado para se aferir à legitimidade da tributação é aquele vigente sob a figura do substituído, o qual, em tese, seria responsável pela realização da operação futura tratada como fato gerador e cuja responsabilidade pelo recolhimento devido é transferida ao substituto. Neste sentido, invoca e reproduz ensinamentos de Heleno Taveira Torres. Aduz que a rigor, conforme leciona doutrina, a substituição tributária almeja a antecipação do imposto e não a sua criação.

Assevera que dessa forma, é indubitoso que se deveria aplicar a redução da base de cálculo para apuração do imposto relativo a operações subsequentes que estão agraciadas com o aludido benefício, sob pena de restar configurado enriquecimento ilícito do Estado.

Finaliza ratificando os termos da sua Defesa inicial, requerendo seja desconstituído o lançamento, ou pelo menos recalculado o imposto, observando-se a redução da base de cálculo aplicável à espécie.

O autuante, cientificado da Manifestação do autuado, se pronunciou (fl. 281-v.). Afirma que o impugnante insiste em teses já exaustivamente rebatidas. Reitera os termos da Informação Fiscal prestada às fls. 254 a 266 e as demais apresentadas.

O autuado apresentou petição (fl.285) na qual requer que as intimações e comunicações dos atos processuais e decisões proferidas por este Consef, bem como àqueles emitidos pelos órgãos que integram a SEFAZ/BA sejam realizadas, direcionadas e remetidas, exclusivamente, em nome da Companhia, ao departamento jurídico, no endereço da sua sede, situada na Avenida Carandaí nº.1.115, 24º andar, CEP 30.130-95. Belo Horizonte/MG, sob pena de nulidade do ato administrativo.

VOTO

Inicialmente, 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 insubsistente 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 escoreita.

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	fios de ferro ou aços não ligados não revestidos, mesmo polidos Outros
7317 00 90	tachas, pregos, percevejos, escáfulas, grampos ondulados ou biselados e artefatos semelhantes, de ferro fundido, ferro ou aço, mesmo com cabeça de outra matéria, exceto cobre Outros

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 carrou 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 Vencto	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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206912.0077/16-5**, lavrado contra **ARCELORMITTAL BRASIL S.A.**, devendo ser intimado o autuado 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.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 18/08/18.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de fevereiro de 2019.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

PAULO DANILO REIS LOPES – JULGADOR

OLEGARIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR