

A. I. Nº - 108529.0007/17-2
AUTUADO - ARCELORMITTAL BRASIL S.A.
AUTUANTE - GILMARIO MACEDO LIMA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 01/04/2020

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0008-01/20

EMENTA: ICMS. 1. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS CONSIDERADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. REGULARMENTE ESCRITURADAS. Efetuada correção no cálculo do imposto devido, uma vez que o autuado comprovou que algumas operações que foram objeto da autuação tratavam de operações isentas. Infração parcialmente caracterizada. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS AO ATIVO FIXO E/OU CONSUMO DO PRÓPRIO ESTABELECIMENTO. É devido o imposto relativo à diferença de alíquotas sobre a entrada efetuada em decorrência de operação interestadual, quando as mercadorias são destinadas ao uso, consumo ou ativo permanente do estabelecimento. Infração reconhecida. Indeferido o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em referência, lavrado em 21/09/2017, cuida de exigência de imposto no valor histórico de R\$142.495,75, mais multa de 60%, em face das seguintes acusações:

Infração 01 – 02.01.03: *“Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas”*.

Refere-se aos meses de janeiro a dezembro de 2015; janeiro a agosto e novembro de 2016, no valor de R\$142.245,76.

Enquadramento legal: art. 2º, inciso I e artigo 32 da Lei nº 7.014/96, combinado com o artigo 332, inciso I do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012. Multa aplicada de 60%, conforme o artigo 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Infração 02 – 06.05.01: *“Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento”*.

Refere-se ao mês dezembro de 2015, no valor de R\$249,99.

Enquadramento legal: art. 4º, XV, da Lei nº 7.014/96 C/C art. 305, § 4º, III, “a”, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/12. Multa aplicada de 60%, conforme art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte tomou ciência do Auto de Infração em 03/10/17, e ingressou tempestivamente com defesa administrativa em 01/12/17, peça processual que se encontra anexada às fls. 25 a 33. A Impugnação foi formalizada através de petição subscrita por seu advogado, o qual possui os devidos poderes, conforme instrumentos de substabelecimento e procuração constantes nos Autos às fls. 34 a 37.

A Impugnante inicia sua peça defensiva fazendo um breve resumo sobre a acusação fiscal, além de transcrever as imputações que deram origem ao Auto de Infração.

Preliminarmente informa que com relação à infração 02 providenciou o pagamento e instruiu a sua defesa com o respectivo comprovante.

Em seguida, no que tange à infração 01, alega que a Fiscalização está fazendo incidir o imposto sobre operações isentas, no que transcreve o disposto no art. 264, inciso LIV, “b”, “2” do RICMS/BA, que prevê isenção do ICMS de bens para a obra de implantação do metrô de Salvador.

Dessa forma, aduz que as notas fiscais destinadas às empresas CONSTRUÇÕES E COMÉRCIO CARMAGO CORREA S/A (CNPJ: 61.522.512/0055-03) e para o CONSÓRCIO MOBILIDADE BAHIA (CNPJ: 19.292.694/0001-06), foram beneficiadas com a isenção do ICMS.

Ressalta que corrobora o emprego dos bens adquiridos junto à Impugnante na implantação do Sistema Metroviário de Salvador, a habilitação da sobredita Construtora ao Regime Especial de Incentivos para o Desenvolvimento da Infra-Estrutura (Reidi), nos termos da IN RFB nº 758/2007, por força do Ato Declaratório Executivo nº 105/2014, publicado no Diário Oficial da União de 10.09.2014.

Esclarece, ainda, que em razão da edição do Decreto de nº 16.434/2015, vedando, em especial através de seu artigo 484, a inscrição de empresas de construção civil no Cadastro de contribuintes do ICMS, a Construtora em tela deflagrou consulta perante a SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DA BAHIA para que fosse ratificada a sua condição de contribuinte no Estado, com a consequente manutenção do benefício previsto no artigo 264, inciso LIV, do RICMS/12, acima compilado.

Pontua que apesar de inicialmente a Inspetoria ter entendido pela ausência da condição de contribuinte da construtora, posteriormente a COMPANHIA DO METRÔ DA BAHIA, titular do contrato de concessão para a realização dos investimentos necessários à implantação e operação do Sistema Metroviário baiano (SMSL), formulou nova consulta especificamente sobre a aplicabilidade da isenção prevista no artigo 264, inciso LIV, do RICMS/BA, em relação às vendas realizadas, inclusive, para a Construtora em tela, envolvendo bens e mercadorias destinados ao SMSL, ocasião em que foi fixada orientação no sentido de que a perda da inscrição da construtora no Cadastro estadual não prejudicava o benefício.

Com relação às operações praticadas com a BELOV OBRAS PORTUARIAS LTDA (CNPJ: 10.246.648/0001-04), afirma que são isentas, conforme justificativa que constou das próprias notas fiscais, ou seja: “Isento de ICMS conf. Art. 405, Dec. nº 13.780/12 Conv. ICMS 12/75”.

Esclarece que segundo dispõe o sobredito dispositivo, não incide o ICMS na saída de mercadorias destinadas a uso ou consumo de embarcações ou aeronaves de bandeira estrangeira aportadas no país, desde que preenchidas algumas condições que elenca, estabelecidas no Convênio ICM 12/75.

Grifa que não é possível sustentar o lançamento, com base em eventual dúvida sobre a destinação das mercadorias, já que este é ato administrativo vinculado, que pressupõe, para a sua efetivação, a constatação, em concreto, pela Fiscalização, da hipótese de incidência descrita pela norma.

Sinaliza que na hipótese de restar alguma dúvida quanto à utilização das mercadorias pelos adquirentes, será possível demonstrá-la por meio de esclarecimentos prestados por eles próprios, no que requer, nesse caso, com base no princípio da verdade material e no artigo 145 do RPAF/BA, que sejam os mesmos oficiados para tanto, ou ainda através de qualquer outra diligência que o Conselho entenda pertinente.

Por fim, diz que em se prevalecendo as exigências fiscais, mesmo que parcialmente, entende que deve ser afastada ao menos a multa imposta no importe de 60% (sessenta por cento), citando a cláusula constitucional que veda o efeito confiscatório (art. 150, IV).

Transcreve decisão do STF, visando sustentar seu entendimento de que quando a multa agride desproporcionalmente o patrimônio do contribuinte, caracteriza-se a exigência como confisco indireto e, por isso, deve ser afastada.

Ao final, pede o reconhecimento da insubsistência do crédito tributário em referência e extinto o

presente auto de infração, ou, sucessivamente, seja reduzido o valor da multa exigida, para patamares razoáveis e que respeitem a vedação ao efeito de confisco.

O autuante, em informação fiscal, às fls. 107/110, inicialmente esclarece que todos os demonstrativos foram elaborados através dos arquivos SPED EFD – Escrituração Fiscal Digital.

Em relação à infração 01, aduz que após verificar as alegações do autuado e os documentos acostados ao PAF, retificou os demonstrativos, retirando as notas fiscais destinadas as empresas CONSTRUÇÕES E COMÉRCIO CARMAGO CORREA S/A (CNPJ: 61.522.512/0055-03) e o CONSÓRCIO MOBILIDADE BAHIA (CNPJ: 19.292.694/0001-06), por tratar-se de bens e mercadorias destinadas ao metrô.

Com relação às notas que o impugnante alega serem destinadas a uso e consumo de embarcações, não acatou as alegações defensivas, argumentando que foram deixadas de cumprir as exigências determinadas no art. 405, do RICMS/BA, ou seja, a natureza da operação das notas elencadas não possuem a indicação, conforme preceitua o inciso I: *“a operação seja acobertada por Guia de Exportação na forma estabelecida pela legislação federal, devendo constar na nota fiscal, como natureza da operação, a indicação: “Fornecimento para uso (ou consumo) de embarcação (ou aeronave) de bandeira estrangeira”*. Acrescenta que as notas fiscais foram emitidas para adquirente sediado no Brasil, as empresas: BELOV EQUIP SERV MARITIMOS LTDA (CNPJ: 10.246.648/0001-04) e BELOV ENGENHARIA LTDA (CNPJ: 15.630.064/0001-43), ambas localizadas neste estado, indo de encontro com o que preceitua o inciso II que determina que o adquirente esteja sediado no exterior.

Informa que após a retificação restou um ICMS reclamado, para a infração em comento, no valor de R\$95.637,24, conforme demonstrativos às fls. 111 a115.

No que diz respeito à infração 02, pontua que foi acatada pelo contribuinte que efetuou seu recolhimento (fl. 103).

Quanto da aplicabilidade das multas, diz que se trata da simples obediência ao que determina a legislação vigente, estando devidamente tipificadas no art. 42 da Lei 7.014/96.

Ao final, solicita que o Auto de Infração seja julgado parcialmente procedente, de acordo com a retificação procedida.

O autuado em réplica à manifestação fiscal, às fls. 136 a 139, inicialmente confirma que quitou a infração de n.º 2, e quanto à infração de n.º 1, sustenta que o Fisco está fazendo incidir o imposto sobre operações isentas. Em primeiro lugar, por força do artigo 264, inciso LIV, “b”, “2” do RICMS/BA (obra de implantação do metrô de Salvador), e por outro lado, as operações praticadas com a BELOV OBRAS PORTUÁRIAS LTDA que também considera isentas, conforme justificativa que constou das próprias notas fiscais (“isento de ICMS conf. Art. 405, Dec. nº 13.780/12 Conv. ICMS 12/75”).

Todavia, reconhece que em relação ao primeiro ponto o auditor reconheceu as razões de impugnação e revisou o lançamento excluindo o imposto exigido em relação a estas operações.

No que diz respeito ao segundo ponto, argumenta que o Convênio em que se fundamenta a autuação n.º 12/75 é anterior à CR/88, de onde entende, através de uma interpretação teleológica do art. 155, § 2º (favorecer a exportação), que é imune o fornecimento de mercadorias, ou prestação de serviços a terceiros, que os utilizando, acaba por prestar um serviço de transporte a destinatário localizado no exterior. Diz ser esta a situação, pois afirma que a BELOV – adquirente da mercadoria – tem dentre suas atividades o transporte internacional de carga.

Acrescenta que o STF no julgamento da ADI 1600/UF, pacificou ser inconstitucional a exigência do ICMS na prestação de serviço de transporte aéreo internacional de cargas pelas empresas aéreas nacionais, enquanto persistirem os convênios de isenção favoráveis à empresas estrangeiras, corroborando o princípio da isonomia.

Considera que, pelas mesmas razões, o dispositivo do Convênio 12/75, que limita a isenção para as

saídas de mercadorias para uso e consumo nas embarcações de bandeira estrangeira e somente quando o adquirente for sediado no exterior, não foi recepcionado pela CR/88, por ferir o princípio da isonomia.

Traz a colação decisão da 3ª Câmara de Direito Público, visando sustentar sua argumentação e alega que deve ser observado o rito do art. 168, do RPAF/BA.

Ao final, diz que a BELOV poderá em diligência, caso a Junta julgue pertinente, ser intimada a esclarecer/contextualizar o emprego da mercadoria adquirida, e ratifica as razões de impugnação, pugnando seja reconhecida a improcedência do lançamento.

O autuado apresentou petição à fl. 150, informando que em relação às operações praticadas com a BELOV Obras Portuárias Ltda., também já realizou o pagamento, conforme documentos às fls. 151/152, razão porque pontua não pairar mais litígio, a justificar o prosseguimento do feito.

Ao final, solicita que sejam devidamente homologados os pagamentos já realizados (parcela da infração de n.º 01 e a integralidade da infração de n.º 02) e anulado o lançamento com relação ao saldo remanescente, em virtude do próprio reconhecimento da autoridade competente para tal ato, acerca da impropriedade dessa parcela, correspondente à venda das mercadorias destinadas à obra do metrô.

O autuante em nova manifestação, às fls. 156/157, ratifica os valores exigidos após a retificação efetuada, por ocasião da primeira informação fiscal, citando, inclusive, que já foi objeto de reconhecimento por parte do autuado.

VOTO

Preliminarmente, constato que o Auto de Infração foi lavrado com a estrita observância dos ditames contidos no art. 39 do RPAF/99, as descrições dos fatos, considerados como infração da obrigação, foram apresentadas de forma clara, precisa e sucinta, encontrando-se apta a surtir seus efeitos jurídicos e legais.

Em relação ao pedido de diligência solicitado pelo impugnante, fica rejeitado, uma vez que os dados constantes no processo, são suficientes para a sua apreciação, nos termos do artigo 147, inciso I, alínea “a” do RPAF/99.

No mérito, no que diz respeito à infração 02, que trata da falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento, o autuado instruiu sua primeira impugnação, já acatando e efetuando o seu pagamento (fl. 103), não havendo, portanto, mais lide.

Quanto à infração 01 (falta de recolhimento de ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas), o autuado alegou inicialmente que a Fiscalização está exigindo o imposto sobre operações isentas, citando em primeiro lugar, o que preceitua o art. 264, inciso LIV, “b”, “2” do RICMS/BA, que prevê isenção do ICMS de bens para a obra de implantação do metrô de Salvador. Em segundo lugar, aduziu que as operações praticadas com a BELOV OBRAS PORTUÁRIAS LTDA (CNPJ: 10.246.648/0001-04), também são isentas, conforme o art. 405, Decreto nº 13.780/12 e o Convênio ICMS 12/75.

O autuante, por ocasião de sua informação fiscal, acatou acertadamente a primeira alegação defensiva, elaborando novos demonstrativos às fls. 111 a 115, o que reduziu o valor da exigência para R\$95.637,24, após excluir as notas fiscais destinadas às empresas CONSTRUÇÕES E COMÉRCIO CARMAGO CORREA S/A (CNPJ: 61.522.512/0055-03) e o CONSÓRCIO MOBILIDADE BAHIA (CNPJ: 19.292.694/0001-06), que estavam beneficiadas com a isenção do ICMS.

Em relação às operações praticadas com a empresa BELOV, como bem mencionou o autuante, não foram cumpridas as exigências determinadas no art. 405, II, do RICMS/BA, ou seja, as notas fiscais

foram emitidas para adquirente sediado no Brasil (BELOV EQUIP SERV MARITIMOS LTDA - CNPJ: 10.246.648/0001-04 e BELOV ENGENHARIA LTDA - CNPJ: 15.630.064/0001-43), ambas localizadas neste estado, indo de encontro com o que preceitua o inciso II, que determina que o adquirente esteja sediado no exterior, tratando-se, portanto, de operações tributáveis.

Ressalto que apesar do autuado em sua segunda impugnação ter ratificado seu entendimento pela isenção de tais operações, terminou por acatar a correção do procedimento fiscal, após a última retificação, efetuando o pagamento do imposto, conforme comprovantes às fls. 151/152.

Destarte, é subsistente o valor exigido na infração em comento, relativo às operações praticadas com a empresa BELOV, no montante de R\$95.637,24, inclusive sendo objeto de reconhecimento pelo autuado.

Cabe ainda mencionar, que a arguição de que a multa aplicada tem caráter confiscatório, não subsiste. Não há que se falar da violação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, pois, além de serem, no presente caso, corolários do princípio do não confisco, não encontram amparo fático, na medida em que a multa aplicada é adequadamente modulada para o desestímulo ao descumprimento das obrigações tributárias ora apuradas.

Ademais, este órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributaria Estadual, assim como não lhe cabe competência para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o art. 167, do RPAF/BA, além do que, as decisões dos Tribunais apontados pelo autuado, não vinculam os atos administrativos dessa unidade federativa.

De tudo quanto exposto, Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, de acordo com a redução do montante exigido para infração 01, que passou de R\$142.245,76, para R\$95.637,24, conforme demonstrativos às fls.111 e 114, e mantendo-se o valor lançado na infração 02 (R\$249,99), devendo ser homologado os valores já recolhidos.

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 **108529.0007/17-2**, lavrado contra **ARCELORMITTAL BRASIL S.A.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$95.887,23**, acrescido das multas de 60%, previstas no art. 42, II, “a” e “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de fevereiro de 2020

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – JULGADOR