

A. I. N° - 191828.0011/19-4
AUTUADO - ARCELORMITTAL BRASIL S. A.
AUTUANTES - HERMENEGILDO MAGALHÃES FRAGA e ALEXANDRE ALCÂNTARA DA SILVA
ORIGEM - IFEP SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 29.10.2020

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0103-05/20-VD

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDAS PARA CONTRIBUINTES. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Restou comprovado que os destinatários das mercadorias são comerciantes revendedores e correta a exigência do ICMS-ST pertinente às operações subsequentes. Afastada a exigência relativa a contribuinte que exerce atividade de industrialização. Infração elidida em parte. Indeferido o pedido de realização de perícia fiscal. Não acolhido o pedido de redução da multa aplicada por falta de amparo legal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 12/11/2019, exige ICMS em decorrência da falta de retenção do imposto e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado (2016/2018) - R\$441.335,68, acrescido da multa de 60%.

Consta na descrição dos fatos que se refere a operações de vendas internas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária sujeitas ao recolhimento antecipado do imposto, realizadas junto a contribuintes com atividade de COMÉRCIO VAREJISTA DE MATERIAL DE CONSTRUÇÃO ou de FERRAGENS EM GERAL, cujas mercadorias foram adquiridas para revenda.

O autuado na defesa apresentada (fls. 141 a 156), inicialmente ressalta que exerce atividade principal de comércio atacadista especializado de materiais de construção, discorre sobre a infração que não pode prosperar face às falhas e critérios *distorcidos* da legislação aplicável.

Suscita a nulidade do lançamento sob o argumento de que a fiscalização partiu do pressuposto de vendas para contribuintes do ICMS, com base nas informações cadastrais de atividades de comércio de materiais de construção civil e ferragens, com posterior revenda, recaindo a reponsabilidade pelo recolhimento do ICMS-ST, por mera presunção como será demonstrado “*no tocante a substancial parcela das operações*”, indicadas na coluna “Canal Distribuição” da “Planilha com a indicação das operações de consumo e industrialização”, com a informação “Canal 20”, destinadas a consumo próprio em obras de sua responsabilidade e propriedade ou para utilização em processo de industrialização indicadas como “Canal 40”.

Argumenta que a legislação tributária é rigorosa quanto aos atos de lançamento, exigindo que a autoridade competente esgote, à exaustão, todos os elementos inerentes à obrigação tributária, afastando-se de incertezas ou presunções, ao teor do art. 142 do CTN, obedecendo aos princípios da legalidade (art. 5, II e art. 150, I, da CR/88) e da moralidade/motivação (art. 37, CR/88).

Discorre sobre o lançamento, presunções relativas, cita doutrinadores e frisa que no caso em tela a presunção deve ser afastada em razão dos meios disponíveis da fiscalização, a exemplo de intimar os destinatários das mercadorias para esclarecer acerca da sua real destinação e diante da superficialidade dos trabalhos, requer reconhecer a nulidade do lançamento.

Argumenta que antes de adentrar ao mérito, pretende provar com argumentos, documentação contábil, cópias de notas fiscais e declarações prestadas pelos seus clientes, por amostragem, em razão do excessivo volume de operações e o direito de apresentar documentação complementar nos termos do art. 2º do RPAF/BA, até o julgamento, e se necessário, documentação complementar para convencimento dos julgadores. Fica à disposição para apresentá-los quando solicitados.

No mérito, discorre sobre o regime de ICMS ST, citando doutrinadores e definição do fato gerador no art. 113, § 1º, do CTN, ressaltando que representa uma exceção à regra geral, tributando um fato *presumivelmente* ocorrido, e deve ser observada a legitimidade da tributação sob a figura do *substituído*, que em tese é o responsável pela realização da operação futura tratada como fato gerador e cuja responsabilidade pelo recolhimento devido é transferida ao *substituto*.

Transcreve parte de texto da doutrina que aborda a regra contida no art. 150, § 7º, da CF, cuja forma de substituição tributária deve sofrer limitações definidas, visto que almeja a antecipação do imposto e não a sua criação, pressupondo a ocorrência do fato gerador no futuro que enseja a cobrança antecipada do tributo, mas se *“inexiste o dever de recolhimento do tributo na operação presumida e subsequente à venda realizada pelo substituto”*, por não se enquadrar na hipótese de incidência do imposto, por previsão legal que afaste a tributação (isenção, alíquota 0, etc.), *“inexistirá obrigação, em relação ao ICMS ST, a ser adimplida, igualmente, pelo substituto”*.

Afirma que esta é a situação das operações objeto da autuação, considerando o regime jurídico aplicável às operações subsequentes à venda promovida *“afastadas do campo de incidência do imposto”*, pela natureza dos clientes ou inexistência de operação subsequente, relativas a:

Vendas de mercadorias utilizadas em processo de industrialização - Canal 20: utilizadas em processo de industrialização dos seus clientes, situação excludente prevista que o art. 8º, §8º, III da Lei 7.014/1996 que afasta a retenção do ICMS *quando a mercadoria se destinar: “a estabelecimento industrial, inclusive ME e EPP, que se dediquem à atividade industrial, para utilização como matéria-prima, produto intermediário ou material de embalagem”*.

Alega que conforme a documentação juntada, a fiscalização limitou a verificar as atividades principais dos clientes cadastrados na SEFAZ/BA, sem atentar que possuíam em seu objeto social outras atividades que afastam o regime da aplicação do ICMS ST a exemplo de:

1. MARGARETE MARIA FERNANDES ARTE DO CIMENTO: Possui atividade principal de *“Comércio Varejista de materiais de construção em geral”*, e secundária a *“Fabricação de estruturas pré-moldadas de concreto armado, em série e sob encomenda”* – CNAE 2330301, conforme cópia de consulta do cadastro à fl. 149 e declaração firmada pela pessoa jurídica (fl. 150) com firma reconhecida do representante legal, atestando que as mercadorias adquiridas foram empregadas como insumo em processo produtivo de industrialização, bem como é contribuinte do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI).

Ressalta que o CONSEF ao apreciar situação idêntica nos autos do PTA nº 281508.0005/18 valeu-se das declarações análogas para afastar a cobrança, conforme transcrito à fl. 150.

2. Da mesma forma, PEDRO RIBEIRO DE SANTANA EIRELI (fl. 151) que pratica atividade secundária de fabricação de pré-moldados e prestou declaração de forma idêntica e apresentou cópias de notas fiscais de prestação de serviço.
3. COMERCIAL ITALUIZA LTDA pratica, como atividade comercial secundária, a manutenção e reparo de equipamentos, para o que se faz necessária a utilização dos materiais adquiridos como insumos à prestação dos serviços (fl. 151):

Argumenta que as operações retratadas na planilha juntada aos autos com a informação *“Canal 20”*, refere-se a mercadorias adquiridas para serem empregadas como insumo na fabricação de outros bens ou prestação de serviço (art. 8º, § 8º, III da Lei 7.014/1996), conforme informações cadastrais dos clientes disponíveis no site da SEFAZ/BA, que afastam a obrigação de recolher o ICMS ST e pretende juntar aos autos novas declarações a exemplo das já apresentadas.

Vendas para clientes com vistas a consumo próprio (consumidor final) – Canal 40: Engloba operações de exigência do ICMS ST, relacionadas vendas de mercadorias destinadas a consumo final do adquirente, utilizado em obras particulares, que não se aplica o regime de ICMS ST, visto que são empregados em obras de construção civil que encerra a cadeia de circulação, como já foi apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) no REsp 1135489/2010/AL (fl. 153).

Pugna pela posterior apresentação de documentos, visto que o PAF envolve inúmeras operações.

Requer a produção de prova pericial ou realização de diligência fiscal, nos termos do artigo 123 § 3º e 145 do RPAF/BA, para análise da metodologia superficial realizada pela auditoria sem atentar as particularidades do caso que envolve um número significativo de operações, formulando quesitos a serem respondidos pelo auditor responsável:

QUESITO Nº 1: Requer-se ao Perito, que verifique se há algum valor residual do lançamento a ser pago (apontando, se for este o caso, a respectiva origem), excluindo os equívocos acima apontados cometidos no laboro fiscal, como: a exigência de ICMS-ST nas vendas de mercadorias para consumo final do adquirente; nas vendas de mercadorias que foram utilizadas no processo de industrialização do adquirente; e nas vendas de mercadorias que não se sujeitavam ao regime da substituição à época do período de apuração.

QUESITO Nº 2: 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;

Indica como assistente técnico profissional habilitado para acompanhar o trabalho à fl. 154.

Requer que se prevalecer as exigências fiscais, que seja afastada a multa de 60% em razão do seu efeito confiscatório (art. 150, IV da CF), atendendo o princípio da *proporcionalidade e razoabilidade*, emanado do art. 5º, LIV, da CF, conforme tem decidido o STF (RE 523471/2010 e AI 727872/2015 AgR) cujas ementas transcreveu à fl. 155.

Reitera o pedido de produção de prova pericial, provimento da defesa pela insubsistência da autuação ou redução do valor da multa, indicando à fl. 156, endereço para envio de intimações.

O autuante na informação fiscal prestada (fls. 304 a 316) inicialmente transcreve a infração que foi objeto da autuação, discorre sobre o teor da defesa e quesitação formulada, passando a contestar.

Quanto ao pedido de nulidade formulado, afirma que o processo se encontra revestido de todas as formalidades legais em consonância com o art. 39 do RPAF/BA, com cientificação do início da ação fiscal, entrega das peças que compõem o processo e planilhas elucidativas, demonstrando como o imposto foi apurado, não se baseou em presunções e sim em documentos fiscais de saídas de mercadorias emitidos e regularmente lançados na Escrituração Fiscal Digital (EFD).

No mérito, esclarece que a impugnante exerce atividade de comércio atacadista especializado de materiais de construção, filial de indústria, obrigando-se a proceder o recolhimento do ICMS ST.

Ressalta que nenhuma das operações objeto da autuação foi realizada junto a consumidores finais, tendo todas como adquirentes contribuintes inscritos, que exploram a atividade de comércio varejista de material de construção em geral, registrando que o contribuinte é reincidente na falta de recolhimento do ICMS ST na condição de substituto tributário.

Comenta que em autuações anteriores a mesma empresa, ocorreu faturamento para pessoas físicas, mas que os destinatários das mercadorias eram sócios de empresas ativas no cadastro do ICMS, tendo após os julgamentos sido pago o débito integralmente.

Na situação presente, afirma que houve mudança de procedimento elegendo como destinatárias das mercadorias os efetivos adquirentes (contribuintes inscritos), mas argumenta que as mercadorias foram adquiridas para consumo ou como insumo, operações codificadas com as descrições “Canal 20 – Vendas de mercadorias utilizadas em processo de industrialização” e “Canal 40 – Vendas para clientes com vistas a consumo próprio”.

Afirma que como regra geral, o substituto tributário deve reter o ICMS ST relativo às saídas de mercadorias relacionadas no Anexo I do RICMS/BA, que é o caso das operações realizadas junto a contribuintes varejistas, com atividade principal de comércio varejista de material de construção em geral ou assemelhados, conforme extratos emitidos pelo sistema INC (fls. 36 a 132).

Atenta que no momento da venda o remetente (vendedor) não tem como identificar se o destinatário utilizará as mercadorias para consumo ou como insumo no processo fabril e como o art. 8º da Lei nº 7.014/96 define como responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS-ST, procedendo a retenção do imposto devido nas operações a serem realizadas pelos adquirentes, das mercadorias constantes do Anexo I, exceto se já recebido com o imposto antecipado.

Afirma que na tentativa de esclarecer que as mercadorias foram adquiridas como insumo, cita exemplificativamente operações realizadas com alguns “clientes”, como MARGARETE MARIA FERNANDES ARTE DO CIMENTO, PEDRO RIBEIRO DE SANTANA EIRELI e COMERCIAL ITALUIZA LTDA, com atividade principal de Comércio varejista de materiais de construção em geral e como atividades secundárias, diversas, juntando declaração que adquiriram os produtos como insumo.

Diz que o impugnante elegeu por amostragem os supramencionados adquirentes porque com eles foram realizadas as operações mais significativas em termos de valores, mas que considerando que a atividade principal exercida pelos adquirentes é de comércio varejista, no momento da venda a autuada não tinha como inferir que se tratava de aquisição que não fosse para revenda.

Afirma que a declaração por si só de alguns “clientes” de que não adquiriram as mercadorias para revenda, não é capaz de elidir o lançamento fiscal, pois *“poderia, a título exemplificativo, ter exibido notas fiscais emitidos pelos adquirentes registradas na sua escrita fiscal com o CNAE de compra para consumo ou industrialização”*, mas não o fez porque os produtos foram de fato adquiridos para revenda, pois o fato da atividade principal exercida pelos adquirentes ser comércio varejista de material de construção e assemelhados, sujeitas às operações a retenção do ICMS ST, sendo suficiente para respaldar a exigência fiscal, tendo em vista que não se sabe no momento da venda qual a destinação da mercadoria.

Informa que há precedentes de julgamentos no CONSEF a exemplo do Acórdão CJF Nº 0157-11/19.

Quanto ao argumento apresentado sobre a multa aplicada de 60%, manifesta que decorre da Lei nº 7.014/96, instituída pelo Estado da Bahia e competência constitucional (CF/88, art. 24, I).

No que se refere ao pedido para realização de perícia fiscal, manifesta que o processo se encontra instruído com os elementos necessários ao seu deslinde e opina pelo indeferimento.

Propugna pela procedência integral do lançamento.

Participou da sustentação oral na sessão de julgamento o advogado Dr. Guilherme Rodrigues Macedo OAB/MG 12.473.

VOTO

O presente lançamento acusa falta de retenção do ICMS-ST, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações de vendas internas de mercadorias a contribuintes revendedores.

O autuado suscitou a nulidade do lançamento, sob o argumento de que o ICMS-ST foi exigido por mera presunção de que os adquirentes revenderiam as mercadorias que foi objeto da autuação, sem averiguar a indicação de que se destinavam a consumo e industrialização pelo destinatário.

Observe que o auto de infração descreve a infração com clareza (falta de retenção do ICMS-ST), indica os dispositivos infringidos (art. 8º, II da Lei 7.014/96), e faz-se acompanhar dos demonstrativos de fls. 8 a 35, no qual foram relacionadas as notas fiscais emitidas e escrituradas pelo estabelecimento autuado, bem como os dados cadastrais dos estabelecimentos dos destinatários, coletados no sistema INC da SEFAZ/BA às fls. 36 a 132. Portanto, os elementos acostados aos autos comprovam que a base de cálculo foi apurada, com base nos documentos

fiscais emitidos pelo estabelecimento autuado, com motivação de que as operações se submetiam a revendas posteriores, e não ocorreu a retenção do ICMS em descumprimento à legislação do imposto. Pelo exposto, restou comprovado que não ocorreu exigência por meio de presunção e fica afastada a nulidade suscitada.

Quanto à ocorrência fática das operações que foram alegadas como presumidas, serão objeto de apreciação nas razões de mérito.

Com relação ao pedido formulado para a realização de perícia e quesitação formulada (fl. 154), sobre a existência de valor residual e vendas para consumo ou industrialização (quesito 1), observo que o demonstrativo elaborado pela fiscalização, tem como base os dados extraídos das notas fiscais de saídas registradas na EFD do estabelecimento autuado; identifica as inscrições dos contribuintes, cujos objetos sociais foram extraídos do sistema INC e juntados aos autos (fls. 36 a 132).

No que se refere à verificação das operações “*se destinou a industrialização ou uso consumo do adquirente*”, no momento da venda não se pode saber, cuja questão será apreciada nas razões de mérito, da mesma forma quanto ao questionamento da existência de erro de cálculos (quesito 2). Concluo que o pedido formulado, objetiva verificar fatos vinculados à escrituração fiscal ou de documentos de posse do requerente, e cuja prova poderia ter sido juntada aos autos, não havendo necessidade de requisitar laudo “por pessoa com reconhecida experiência técnica na matéria questionada” para fornecer opinião, bem como por considerá-la desnecessária em razão das provas acostadas aos autos. Fica indeferida nos termos do art. 147, II, “a” e “b” do RPAF/BA.

No mérito, o autuado alega que as operações de vendas realizadas, objeto da autuação, foram destinadas a estabelecimentos que utilizaram as mercadorias:

- i) *Em processo de industrialização - Canal 20* - que é afastada a exigência do ICMS-ST (art. 8º, §8º, III da Lei 7.014/1996);
- ii) *Para consumo próprio (consumidor final) – Canal 40*, utilizadas em obras de construção civil que encerra a cadeia de circulação.

Por sua vez, o autuante na informação fiscal, afirmou que não foi exigido qualquer valor na autuação relativa à venda para consumidores finais, mas sim de vendas de mercadorias para comerciantes varejistas, que tem como atividade principal a venda de materiais para construção e que no momento da venda não tem como identificar a destinação das mercadorias em relação às atividades secundárias.

Pela análise dos elementos contidos no processo, constato que com relação ao argumento de que foi exigido ICMS relativo a vendas destinadas a consumo (ii), observo que conforme esclarecido pelos autuantes, o resultado da ação fiscal resultou na lavratura de outro AI (191828.0017-2), cujo demonstrativo indicou diferenças exigidas por erro de cálculo nas saídas com redução de base de cálculo (RBC - infração 3), no qual, nas vendas destinadas a consumidores finais, foi indicada redução maior que 41,176%, em operações não sujeitas ao regime de ST (consumidores finais), cujas diferenças apuradas foram de alguns centavos.

Constato que nos demonstrativos de fls. 8 a 35 deste lançamento, não identifiquei a indicação de percentual de RBC de 41,176% (coluna I). Por isso, concluo que assiste razão a fiscalização quanto ao argumento de que a exigência fiscal não engloba venda destinadas a consumidores finais.

Com relação às operações que a empresa alega ter sido destinado a processo de industrialização - *Canal 20 (i)*, constato que nos demonstrativos acostados às fls. 08/35, identificam percentuais de RBC de: A) 33,33% (Convênio ICMS 33/96, equipara a carga tributária de 12%) e B) 0,00% (17% e 18%), ambos relativos a operações sujeitas ao ICMS-ST.

Com relação a estas operações, o autuado juntou ao processo consulta básica ao cadastro do ICMS indicando que os destinatários exercem atividades secundárias de fabricação de produtos:

MARGARETE MARIA FERNANDES ARTE DO CIMENTO fl. 149 e declaração firmada (fl. 150) atestando que as mercadorias adquiridas pelas NF 125958, 125959, 129601, 130467, 132367, 135915, 138127, 139955 e 141704 foram empregadas como insumo em processo produtivo de industrialização, bem como é contribuinte do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI).

PEDRO RIBEIRO DE SANTANA EIRELI (fl. 151) que pratica atividade secundária de fabricação de pré-moldados e prestou declaração de forma idêntica e notas fiscais de prestação de serviço.

COMERCIAL ITALUIZA LTDA pratica atividade secundária de manutenção e reparo de equipamentos, utilizando os materiais adquiridos na prestação dos serviços (fl. 151):

Ressalto, que não há questionamento quanto ao enquadramento das mercadorias no regime de substituição tributária (art. 8º, II da Lei 7.014/96). Portanto, a motivação da autuação é que o contribuinte não promoveu a retenção do ICMS-ST, tendo sido considerada a RBC pertinente às mercadorias relacionadas no Convênio ICMS 33/96 (carga tributária de 12%).

Com relação ao argumento de que os destinatários adquiriram as mercadorias para uso como insumos na industrialização ou prestação de serviços, observo que os destinatários:

MARGARETE MARIA FERNANDES ARTE DO CIMENTO – Os dados cadastrais na fl. 124 indica que a nome fantasia SLA COMÉRCIO E DISTRIBUIDORA DE MATERIAL DE CONSTRUÇÃO, com atividade principal de comércio varejista de materiais de construção em geral, CNAE 47.44-0-99 e atividades secundárias de comércio atacadista de materiais de construção em geral, CNAE 46.79-6-99; Comércio varejista de materiais de ferragens e ferramentas, CNAE 47.44-0-01 e fabricação de estruturas pré-moldadas de concreto armado, em série sob encomenda, CNAE 23.30-3-01.

Em consulta ao sistema INC da SEFAZ, constatei que o contribuinte promoveu no período fiscalizado recolhimento de ICMS próprio (Código 709) de pequenos valores, a exemplo do exercício de 2018 que totalizou R\$269,11. Portanto, concluo que as atividades de comercialização que geraram pagamento do ICMS próprio são pouco relevantes, em função das operações de aquisição de mercadorias declaradas pelo contribuinte como destinadas à industrialização (*Fabricação de estruturas pré-moldadas de concreto armado, em série e sob encomenda*” – CNAE 2330301). Por isso, faço a exclusão dos valores exigidos em relação às notas fiscais declaradas à fl.150 (NF 125958, 125959 129601, 130467, 135915, 138127, 139955 e 141704) com valor total de R\$17.945,72 a ser deduzido no demonstrativo final.

PEDRO RIBEIRO DE SANTANA EIRELI (fl. 68) nome fantasia CONFERRO, tem como atividade principal o comércio varejista de ferragens e ferramentas, CNAE 47.44-0-01 e atividades secundárias o comércio varejista de madeira e artefatos, CNAE 47.44-0-2; Comércio varejista de materiais de construção em geral, CNAE 47.44-0-99; Fabricação de estruturas pré-moldadas de concreto armado, em série e sob encomenda, CNAE 23.30-3-01; produção de outros tubos de ferro e aço, CNAE 24.39-3-00 e fabricação de esquadrias de metal, CNAE 25.12-8-00.

Em consulta ao sistema INC da SEFAZ, constatei que o contribuinte promoveu no período fiscalizado recolhimento de ICMS próprio (Código 709) de valores relevantes do Simples Nacional, por antecipação de mercadorias sujeitas ao regime de ST e ICMS antecipação parcial a título de comercialização. Por exemplo, no ano de 2016, R\$18.849,78 referente à antecipação parcial (código 2175); mês 01/2017, R\$2.636,37 (código 2175); 01/2018, R\$2.982,17 (Código 2175); R\$36.958,47 em 2018 e antecipação tributária totalizando R\$2.680,39 em 2016; R\$14.458,11 em 2017.

Portanto, concluo que o contribuinte realiza atividades de comercialização que geraram pagamento do ICMS devido por antecipação tributária, tanto de mercadorias enquadradas no regime de ST com da antecipação parcial relativo a mercadorias adquiridas em outros Estados e destinadas à comercialização. Ressalto que o autuado na defesa afirmou que apresentaria declarações relativas a esse contribuinte, mas não o fez, e conforme anteriormente apreciado, pratica operações de comercialização de mercadorias com valores relevantes. Por isso, fica mantida a exigência do ICMS-ST, por ficar caracterizada a compra para revenda de mercadorias.

COMERCIAL ITALUIZA LTDA (fl. 36), tem como atividade principal o CNAE 47.44.0.99 – Comércio Varejista de Materiais de Construção em Geral e treze atividades secundárias (manutenção de equipamentos e veículos; comércio varejista de peças e acessórios para veículo, de equipamentos e suprimentos de informática, eletrodomésticos, móveis, instrumentos musicais, medicamentos veterinários, calçados, animais vivos; transporte rodoviário, aluguel de máquinas e andaimes).

Em consulta ao sistema INC da SEFAZ, constatei que este contribuinte apura ICMS pelo regime de conta corrente fiscal, promoveu recolhimento em 2016: atividade de comércio - R\$229.898,72; de antecipação tributária – R\$50.463,91; e antecipação parcial de R\$201.547,17; em 2017: Comércio – R\$651.099,50; 2018 – R\$856.730,47 e 2019 – R\$537.984,60.

Pelo exposto, concluo que os valores do ICMS recolhidos pelo regime normal, por antecipação do ICMS-ST e parcial, denotam que exerce preponderantemente atividades de comercialização de produtos e não procede a alegação defensiva de que os produtos comercializados se destinaram a “prestação de serviços”. Fica mantida a exigência fiscal.

Por tudo que foi exposto, concluo que diante dos dados cadastrais juntados pela fiscalização às fls. 36 a 132, das mais de cinquenta empresas que a fiscalização indicou exercerem atividades de comercialização dos produtos que foram objeto da autuação, o sujeito passivo apresentou argumentos relativos apenas a três empresas, sendo que apenas uma delas comprovou exercer atividade mista (comercialização e industrialização), cujos valores foram acolhidos.

Restando comprovado que as duas outras empresas, apesar de terem cadastro em atividades secundárias, não realizaram operações de industrialização ou prestação de serviços, bem como as demais que não foi apresentada qualquer prova.

Assim sendo, restou comprovado que as operações praticadas, de vendas de mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária, que foram objeto da autuação, se destinam à comercialização, e é correta a exigência do ICMS-ST correspondente, nos termos do art. 8º, II da Lei 7.014/96.

No que tange ao argumento de que a multa aplicada é desproporcional e confiscatória, observo que a multa de 60% é prevista no art. 42, II, “e” da Lei 7.014/96, portanto, é legal e não há previsão regulamentar para apreciar redução ou cancelamento.

Além disso, conforme indicado no Anexo do Demonstrativo do Débito (fl. 3), se atendidas as condições estabelecidas no art. 45 do mencionado diploma legal, a multa aplicada poderá ter redução de até 70%. De certa forma, a depender da atitude tomada pelo estabelecimento autuado perante a infração que lhe é imputada, o ônus pode ser menor do que o percentual de 60% grafado no Auto de Infração.

Com relação à alegação de que a multa é de caráter confiscatório é inconstitucional, ressalto que de acordo com o artigo 167, I do RPAF/BA, não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária.

Voto pela PROCEDENCIA EM PARTE do auto de infração, com redução do débito de R\$441.335,68, para R\$424.385,60, conforme demonstrativo abaixo:

Data Ocorr	Data Vencto	Autuado	N. Fiscais	Deduzido	Fl.	Devido	Data Ocorr	Data Vencto	Devido
31/01/16	15/02/2016	4.627,10				4.627,10			137.522,29
29/02/16	15/03/2016	3.671,53				3.671,53	31/07/17	15/08/2017	17.945,72
31/03/16	15/04/2016	4.119,25				4.119,25	31/08/17	15/09/2017	8.922,82
30/04/16	15/05/2016	3.003,57				3.003,57	30/09/17	15/10/2017	23.005,16
31/05/16	15/06/2016	3.350,42				3.350,42	31/10/17	15/11/2017	18.947,86
30/06/16	15/07/2016	4.730,59				4.730,59	30/11/17	15/12/2017	19.551,91
31/07/16	15/08/2016	3.862,19				3.862,19	31/12/17	15/01/2018	17.480,88
31/08/16	15/09/2016	5.335,55				5.335,55	31/01/18	15/02/2018	17.149,76
30/09/16	15/10/2016	4.730,84				4.730,84	28/02/18	15/03/2018	12.963,38
31/10/16	15/11/2016	5.728,41				5.728,41	31/03/18	15/04/2018	8.281,04

30/11/16	15/12/2016	14.490,08	129598/599/ 601/130467	7.525,30	14 e v	6.964,78	30/04/18	15/05/2018	11.686,48
31/12/16	15/01/2017	8.538,28	132367	1.670,06	14/v	6.868,22	31/05/18	15/06/2018	29.814,55
31/01/17	15/02/2017	5.808,91				5.808,91	30/06/18	15/07/2018	13.741,40
28/02/17	15/03/2017	7.776,81	135915	1.870,13	15/v	5.906,68	31/07/18	15/08/2018	20.358,33
31/03/17	15/04/2017	39.648,07	138127	1.743,77	16/v	37.904,30	31/08/18	15/09/2018	19.310,53
30/04/17	15/05/2017	11.543,20	139955	2.266,90	17	9.276,30	30/09/18	15/10/2018	14.956,06
31/05/17	15/06/2017	11.284,99	141704	1.873,92	18	9.411,07	31/10/18	15/11/2018	12.084,41
30/06/17	15/07/2017	12.222,58				12.222,58	30/11/18	15/12/2018	10.325,50
Subtotal						137.522,29	31/12/18	15/01/2019	10.337,52
							Total		424.385,60

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **191828.0011/19-4**, lavrado contra **ARCELORMITTAL BRASIL S. A.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$424.385,60**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de setembro de 2020.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO - JULGADOR