

A. I. N° - 191828.0017/19-2
AUTUADO - ARCELORMITTAL BRASIL S. A.
AUTUANTE - HERMENEGILDO MAGALHÃES FRAGA e ALEXANDRE ALCÂNTARA DA SILVA
ORIGEM - IFEP SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 29.10.2020

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0106-05/20-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. DESTAQUE DO IMPOSTO A MAIOR NO DOCUMENTO FISCAL. Infração reconhecida. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. VENDAS EM OPERAÇÕES. APLICAÇÃO DE ALÍQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. Infração reconhecida. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Documentos juntados aos autos não comprovam que a quase totalidade das mercadorias objeto da autuação, tenham sido destinadas à industrialização. Incabível a redução de base de cálculo relativa às saídas de mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária. Afastada a exigência fiscal relativa a mercadorias destinadas a estabelecimento que utilizou as mercadorias como insumo em processo industrial. Infração 3 procedente em parte. 4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS ORIUNDAS DE OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO DESTINADAS A USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Infração reconhecida. 5. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MULTA. Infração reconhecida. Indeferido o pedido de realização de perícia/diligência fiscal. Não acolhido o pedido de redução da multa 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 das seguintes infrações:

01. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior no documento fiscal (2016/2018) - R\$13,12, acrescido da multa de 60%.
02. Recolheu a menor o ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas (2016) - R\$28,41, acrescido da multa de 60%.
03. Recolheu a menor o ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas (2016/2018) - R\$374.438,54, acrescido da multa de 60%.
04. Deixou de recolher o ICMS da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do próprio estabelecimento (2016) - R\$128,53. Multa de 60%.
05. Deu entrada no estabelecimento de mercadoria ou serviço tomado sem o seu devido registro na escrita fiscal. Aplicada multa de 1% sobre o valor das mercadorias – R\$388,49.

O autuado na defesa apresentada (fls. 54 a 67), inicialmente discorre sobre as infrações, ressalta sua tempestividade e que reconhece como devidas as infrações 1, 2, 4 e 5, efetuando os pagamentos.

Com relação a infração 3 (utilização indevida de redução de base de cálculo), argumenta que “*apesar de as mercadorias comercializadas... estarem, de fato, sujeitas ao benefício da redução da base de cálculo (RBC) as mesmas estavam sujeitas, igualmente, ao regime de substituição tributária, o que afastaria a aplicação do benefício em questão, como regra de exceção*”.

Salienta que a empresa utiliza o benefício fiscal de RBC em relação às mercadorias autuadas, por força do Dec. 7.799/00 e Termo de Acordo firmado com a SEFAZ/BA e art. 4º, I: *A redução de base de cálculo prevista no art. 1º não se aplica às operações: I - sujeitas à substituição tributária.*

Atenta que o legislador procurou retirar do alcance do Dec. 7.799/00 as operações submetidas ao ICMS ST, limitando os efeitos da redução da carga tributária às operações próprias do contribuinte, visto que no ICMS ST, o contribuinte recolhe o imposto das próprias operações e o incidente nas cadeias sucessivas e que, “*para cálculo desse último, a base de cálculo do ICMS próprio é parâmetro, se a redução da base de cálculo alcançasse as operações sujeitas à substituição tributária, toda a cadeia estaria desonerada parcialmente do tributo estadual*”.

Argumenta que a forma utilizada pelo legislador para alcançar o objetivo vale-se da expressão “Operações” sujeitas ao regime de substituição tributária, em detrimento da palavra “Mercadorias”, que se tivesse sido a opção, acabaria por excluir do benefício, “*sem estar a serviço da finalidade acima elucidada*”, também as operações não sujeitas ao regime da substituição, desestimulando a intenção de estimular, ao conceder o benefício fiscal em tela.

Manifesta que o fato gerador do ICMS é definido no art. 155, II da CF como sendo as “*operações relativas à circulação de mercadorias*” enquanto a expressão “*operações*” identifica o gênero de transações que impliquem em *circulação – transferência de titularidade* - a palavra “*mercadorias*” delimita esse gênero, restringindo o campo de incidência às operações que envolvam um intuito de *mercancia*. E que “*Operações*” e “*Mercadorias*” tem conteúdos distintos que conferem sentido à regra matriz do ICMS e por força do artigo 111, I do CTN e art. 4º, I do Dec. 7.799/00, típica norma que institui benefício fiscal, deve ser interpretado restritivamente.

E como estão afastados do regime de redução da base de cálculo apenas as operações sobre as quais seja aplicável à sistemática de substituição tributária, conclui que:

- (i) Apesar de determinada mercadoria ter sido eleita abstratamente pela legislação como sujeita à sistemática de ICMS ST;
- (ii) Se essa estiver envolvida em uma operação que, por força de sua particularidade, esteja afastada da sistemática em questão;
- (iii) E o contribuinte faça jus aos benefícios da redução da base de cálculo, nos termos do Decreto nº 7.799/00, a redução da base de cálculo nas operações próprias praticadas por aquele será plenamente aplicável.

Argumenta que a fiscalização não atentou que em que pese as mercadorias comercializadas estejam sujeitas ao regime de ICMS ST, as operações objeto da autuação não estavam sujeitas à sistemática em questão que legítima a RBC, como pretende provar com argumentos, documentação contábil, consulta das atividades econômicas dos seus clientes e declarações atestando a destinação das mercadorias, por amostragem, em razão do excessivo volume de operações.

Pondera o direito de apresentar documentação complementar nos termos do art. 2º do RPAF/BA, até o julgamento, para corroborar seus argumentos e se necessária 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:

- I. *deve ser assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido;*
- II. *Por decorrência, o regime jurídico aplicável à tributação deve ser sempre o do substituído e não do substituto, na medida que tributação definitiva deve se verificar sobre aquele;*
- III. *A lei definidora do regime típico aplicável, deverá ser sempre a da data das operações substituídas e não a da data da operação do substituto, cabendo-se a necessária restituição quando eventualmente tenha sido pago a maior naquela operação.*

Ressalta que a substituição tributária almeja a antecipação do imposto e não a sua criação, pressupondo a ocorrência do fato imponível que ocorrerá no futuro e 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:

A) *Vendas para clientes alheios à sistemática de recolhimento do ICMS (pessoas físicas, pessoas jurídicas não contribuinte do imposto e consumidor final).* Operações objeto de exigência do ICMS ST, relacionam-se a vendas de mercadorias a clientes que exercem atividades afastadas da sistemática de recolhimento do ICMS, inexistindo “*operações internas subsequentes e passíveis de tributação*”, ainda que de forma antecipada. Esclarece que na “*Planilha demonstração das operações*”, a coluna T indica operações “*Canal 20 é venda para industrialização*” e “*Canal 40 é venda para consumo*”.

B) *Vendas para clientes pessoas jurídicas não contribuintes do imposto e/ou consumidores finais (Mercadoria sujeita à ST, mas operação canal 40 é venda para consumo).*

Alega que é ilegítima as exigências sobre operações com mercadorias para *pessoas jurídicas não contribuintes do imposto e/ou situações em que a mercadoria adquirida da Impugnante foi utilizada para consumo próprio do cliente (consumidor final), sem que haja saída subsequente*, inexistindo operação subsequente alcançada pelo campo de incidência do ICMS, não podendo ser tratados como sujeitos passivos do imposto, por não realizar o fato gerador ou utilizar as mercadorias adquiridas para consumo próprio, como obras de construção civil.

Nesse contexto, transcreve a decisão contida no REsp nº 1.135489/AL (fl. 62) enunciado da Súmula nº 432 (STJ), decidindo que as empresas de construção civil (regra, contribuintes do ISS), ao adquirirem mercadorias em outros Estados para empregar como insumos nas obras, não podem ser compelidas a recolher o diferencial de alíquota de ICMS.

C) *Vendas de mercadorias utilizadas em processo de industrialização (Mercadoria sujeita à ST, mas operação canal 20 é venda para industrialização).*

Afirma que não pode prevalecer a exigência do ICMS ST nas operações de venda de mercadorias utilizadas em processo de industrialização dos seus clientes, tendo em vista que o art. 8º, § 8º, III da Lei 7.014/1996, expressamente afasta do regime de substituição tributária, a retenção do ICMS quando a mercadoria se destinar: “*a estabelecimento industrial, inclusive microempresa e empresa de pequeno porte, que se dediquem à atividade industrial, para utilização como matéria-prima, produto intermediário ou material de embalagem*”.

Argumenta que o procedimento fiscal contraria as regras claras que norteiam o instituto da substituição tributária e deve ser afastado por esse órgão julgador, por inexistir o dever de recolher o ICMS-ST relativo a operações com mercadorias destinadas a industrialização, fazendo jus ao benefício da RBC, conforme declarações prestadas por seus clientes (amostra).

Requer a realização de diligência ou perícia fiscal nos termos do artigo 123, §3º do RPAF/BA, com todo o respeito ao trabalho e metodologia empregada pela fiscalização, entende que ocorreu uma análise superficial em relação às operações de remessa de mercadorias, tratando como sujeitas ao ICMS-ST as operações de:

- (i) remessa de mercadorias destinadas à industrialização;
- (ii) remessa de mercadorias destinadas ao uso e consumo pelo adquirente;

Formula quesitação a ser respondida, nos termos do art. 145 do RPAF/BA, no sentido de:

QUESITO Nº 1: requer que o Fiscal relacione cada uma das operações retratadas na autuação;

QUESITO Nº 2: Para cada uma das operações *supra*, requer que o Fiscal relacione o cliente adquirente e o objeto social desse, além de informar o NCM do bem envolvido;

QUESITO Nº 3: Ao final, requer que o Fiscal informe, com base nas declarações dos autos, e outros elementos à sua disposição, quais operações de remessa envolvidas na autuação se destinou à industrialização e uso ou consumo do adquirente;

Indica à fl. 65, pessoa como assistente técnica, indicando endereço e telefone para contato.

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. 66.

Reitera o pedido de produção de prova pericial, provimento da impugnação pela insubsistência da autuação ou redução do valor da multa, indicando à fl. 66, endereço para envio de intimações.

O autuante na informação fiscal prestada (fls. 133 a 146) inicialmente transcreve as infrações que foram objeto da autuação, ressalta o reconhecimento de quatro infrações, discorre sobre o teor da defesa e quesitação formulada, passando a contestar os argumentos defensivos.

Esclarece que o Sistema de Lançamento do Crédito Tributário (SLCT) desmembrou a autuação com lavratura do AI nº 1918280011/19-4 e sugere sejam levados a julgamentos concomitantemente.

Afirma que o contribuinte incorreu no erro da determinação da base de cálculo em operações de redução de base de cálculo (RBC) distintas:

1. De 41,176% prevista no art. 4º, I do Dec. 7.799/00, nas operações sujeitas ao recolhimento antecipado do ICMS ST;
2. RBC em percentual maior que o permitido no Dec. 7.799/00 (41,176%), nas operações de tributação normal (não sujeitas ao ICMS ST), porque as mercadorias foram adquiridas por consumidores finais ou pessoas jurídicas não contribuintes do ICMS;
3. RBC em percentual maior que o permitido no Convênio 33/96 ou no art. 266, II, do RICMS/BA (superior a 33,33% à carga tributária de 12%), nas operações de tributação normal, bem como, (mercadorias sujeitas ao recolhimento do ICMS ST), mas que fica assegurado ao contribuinte usufruir do citado benefício, porque previsto em Convênio.

Esclarece que as planilhas relacionadas com o cálculo do imposto devido (fls. 19 a 40) identifica facilmente as três situações na coluna N, intitulada “Red BC” onde consta:

- A) 33,333% - corresponde ao percentual que poderia reduzir a base de cálculo, mesmo de mercadorias ou operações sujeitas ao ICMS ST, que devido provavelmente a erro de

parametrização no sistema de emissão de notas físicas, o percentual de RBC foi superior. Pelo cotejo do valor do ICMS apurado pelo contribuinte (coluna L) e pelo fisco (coluna Q), constatou-se a diferença a recolher informado na coluna R (valores ínfimos).

Afirma que diferentemente do que argumenta o contribuinte, foi considerada a RBC, tendo sido cobrada apenas a diferença por ter ela aplicado em relação a superior permitida pela legislação. E por ter atividade vinculada, exigiu valores de centavos que não pode dispensar;

- B) 41,176% - corresponde ao percentual que poderia reduzir a base de cálculo, prevista no Dec. 7.799/00, nas operações não sujeitas ao ICMS ST (vendas para consumidores finais ou para pessoas jurídicas não contribuintes do ICMS - construtoras, hospitais, clínicas etc), mas que por provável erro de parametrização de seu sistema de emissão de notas físicas, o percentual de RBC foi superior. Pelo cotejo do valor do ICMS apurado pelo contribuinte (coluna L) e do fisco (coluna Q), constatou-se a diferença a recolher na coluna R (valores ínfimos).

Da mesma forma, foi considerada a RBC e cobrada apenas a diferença por ter aplicado RBC superior à permitida pela legislação, exigido mediante atividade vinculada.

- C) 0,00 - corresponde às operações nas quais não poderia ter reduzido a base de cálculo do imposto em 41,176% prevista no art. 4º, I Dec. 7.799/00, em desacordo com o diploma legal, porque as operações (e não as mercadorias como afirma o autuado) estão sujeitas ao recolhimento antecipado do ICMS ST, na condição de substituto tributário (filial atacadista de estabelecimento industrial).

Transcreve o art. 1º do Dec. 7.799/00 que prevê que a RBC não se aplica às operações sujeitas ao regime de substituição tributária e afirma que os valores exigidos se referem a vendas realizadas para contribuintes varejistas inscritos no ramo de material de construção, que adquiriram as mercadorias para revenda e, não, para consumo ou para industrialização, como afirma o autuado, que deveria ter procedido à retenção do ICMS ST e não o fez, (que foi objeto da exigência no AI nº 1918280011/19-4), além de ter procedida a RBC indevida objeto desta autuação.

Afirma 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, sobretudo quando os adquirentes estão inscritos no cadastro do ICMS como comércio varejista.

Pondera que o autuado poderia a título e

vo, ter exibido notas fiscais emitidas pelos adquirentes registradas na sua escrita fiscal com o CNAE de compra para consumo ou industrialização e se não o fez é “*porque os produtos foram de fato adquiridos para revenda*”.

No tocante a alegação de que desconsiderou a RBC nas operações realizadas junto a diversas construtoras, afirma que “*não é verdade*”, pois a RBC foi considerada até o limite de 41,176% previsto no Dec. 7.799/00, o que pode ser observado nas operações da Coluna N que consta 33,333% ou 41,176%, conforme o caso. Reconhece que as construtoras não são consideradas como contribuintes do ICMS e as operações com elas realizadas não são objeto de retenção do ICMS ST.

Quanto a quesitação formulada, responde esclarecendo que:

- 1 Todas operações objeto da autuação foram extraídas das notas fiscais de saídas por ela emitidas e registradas na EFD do estabelecimento autuado, com o cálculo do imposto.
- 2 Para cada operação informa o cliente, objeto social e NCM do produto:

Nas planilhas constam os números das notas fiscais de saídas o que possibilita identificar para quem efetuou as vendas;

- A) Em relação ao objeto social dos adquirentes (seus clientes), são contribuintes que exploram a atividade de comércio varejista de material de construção, constante dos extratos no sistema INC, gravado em mídia de DVD (fl. 50), de conhecimento do

contribuinte autuado, cujos arquivos foram cientificados através do Domicílio Tributário Eletrônico (DTE), informando as atividades comerciais exercida pelos seus clientes, o que é indispensável no momento do ato da venda, saber qual a atividade comercial exercida pelos clientes. Quando da ciência do AI 1918280011/19-4 (também impugnado), também foi entregue o arquivo que indica as atividades econômicas exercidas pelos seus clientes;

- B) A NCM dos produtos comercializados encontra-se contemplada na Coluna D da planilha.
3. Quanto ao questionamento se a operação objeto da autuação se destinou à industrialização e uso ou consumo do adquirente, responde que todas as operações destinaram-se à revenda dos adquirentes. E que não tendo o vendedor como identificar a destinação das mercadorias no momento da venda, em razão dos clientes exercerem a atividade de comércio varejista de material de construção em geral, poderia ela, ter exibido notas fiscais emitidas e registradas na sua escrita fiscal com o CNAE de compra para consumo ou industrialização, o que não o fez.

Ressalta que o impugnante teve sessenta dias para apresentar defesa e reunir todos os meios de prova que pudessem elidir o lançamento fiscal, o que não fez, inexistindo cerceamento do direito de defesa, sendo injustificável o pedido para apresentação de documentação posterior.

Quanto à multa de 60%, afirma que decorre da Lei nº 7.014/96 e competência da CF/88 (art. 24, I).

Opina pelo indeferimento do pedido de perícia formulado em razão do processo conter todos os elementos necessários ao seu deslinde. Propugna pela procedência integral do lançamento.

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

VOTO

O presente Auto de Infração, acusa o cometimento de cinco infrações, sendo que as infrações 1, 2, 4 e 5 foram reconhecidas pelo autuado, motivo pelo qual não serão apreciadas, ficando mantidas.

Inicialmente, consoante o art. 147, inciso II, alínea “a” e “b” do RPAF/99, fica indeferido o pedido formulado pelo defensor, para a realização de perícia ou diligência fiscal, por considerá-la desnecessária, em vista das provas produzidas nos autos, por entender que não se faz necessário a requisição de perícia por pessoa com reconhecida habilidade ou experiência técnica, conforme disposto no art. 150, I e II do RPAF/BA.

Com relação ao questionamento formulado, (fls. 64/65), sobre as operações objeto da autuação (1), observo que o demonstrativo foi elaborado com base nos dados extraídos das notas fiscais de saídas registradas na EFD do estabelecimento autuado; identifica as inscrições dos contribuintes, cujo objeto social (2) extraídos do sistema INC foram gravados em mídia (fl. 50), e entregue com a ciência da autuação, via DTE (fls. 19 a 39), as planilhas indicam as NCM das mercadorias consignadas nas NFes emitidas e escrituradas. Com relação a 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. 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, em face dos quesitos formulados.

No mérito, a infração 3, acusa utilização indevida de RBC, envolvendo tributação relativa a:

- A) Comercialização de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária; e
- B) Infringência prevista no art. 4º, I do Dec. 7.799/00: *A redução de base de cálculo prevista no art. 1º não se aplica às operações: I - sujeitas à substituição tributária.*

O autuado alega que as operações objeto da autuação, foram destinadas a estabelecimentos que utilizaram as mercadorias como insumo em processo de industrialização, uso ou consumo, situação na qual entende ser excludente da cobrança do ICMS ST, e consequentemente, não se submete à restrição da RBC prevista no art. 4º, I do Dec. 7.799/00.

A fiscalização afirma que os destinatários estão inscritos no cadastro de contribuintes do ICMS, com atividade de comercialização de produtos, e mesmo que possuam atividade secundária de industrialização, não tem como saber no momento da venda, qual a destinação que se dá aos produtos, e consequentemente, por estarem enquadrados no regime da ST, não se submetem a RBC.

Observo que na informação fiscal, (fls. 141/142), os autuantes afirmaram que o autuado incorreu em erros na determinação da base de cálculo:

- i) percentual maior que o permitido no Convênio ICMS 33/96 (carga tributária de 12%);
- ii) redução maior que 41,176% em operações não sujeitas ao regime de ST (consumidores finais) e
- iii) redução indevida relativa a operações sujeitas a ST.

Com relação ao item “i”, que não foi objeto da defesa, constato que na coluna “N” do demonstrativo de fls. 19 a 40, foi indicado o porcentual de 33,333%. Tomando por exemplo o mês 03/2016 (fl. 19), o cálculo da empresa e da fiscalização indicam:

	NF	VALOR	Red BC	Vl. Red BC	Aliq.	ICMS CALC.
Fiscalização	114002	8.850,00	0,33333	5.900,00	0,18	1.062,00
Empresa		8.850,00	0,33340	5.899,40	0,18	1.061,89
Diferença exigida						0,11

Percebe-se que a exigência das diferenças relativas a estas operações, decorreu de parametrização do sistema cujo percentual de RBC de 33,333%, previsto no Convênio ICMS 33/96, que tudo indica tenha sido arredondado. Essas diferenças são poucos significativas, de modo que o mês 03/2016 resultou em valor exigido de R\$1,83, que considero correto.

Com relação ao item “ii”, que foi objeto da defesa, tendo alegado que efetuou venda direta a consumidores finais e não cabe a retenção do ICMS-ST, constato que na coluna “N” do citado demonstrativo, (fls. 19 a 48), foi indicado o porcentual de 41,176%.

Tomando por exemplo o mês 12/2016, (fl. 21), o cálculo da empresa e da fiscalização indicam:

	NF	VALOR	Red BC	Vl. Red BC	Aliq.	ICMS CALC.
Fiscalização	130716	14.805,00	0,41176	8.708,90	0,18	1.567,60
Empresa		14.805,00	0,41180	8.708,30	0,18	1.567,49
Diferença exigido						0,11

Da mesma forma, percebe-se que a exigência das diferenças relativas a estas operações decorreu de parametrização do sistema, cujo percentual de RBC de 41,176%, se deve a arredondamento do porcentual. Também, são ínfimas as exigências relativas a estas operações.

Pelo exposto, constato que não procede a alegação defensiva de que não foram consideradas as RBC previstas pelo Dec. 7.799/00, nas vendas realizadas com consumidores finais. Ou seja, as vendas para construtoras, hospitais, clínicas, etc., não tiveram retenção de ICMS-ST e a fiscalização considerou o benefício da RBC de 41.176%, previsto na legislação, tendo as diferenças ínfimas exigidas, decorridas de erro de parametrização do sistema do estabelecimento autuado.

Quanto ao item “iii”, a empresa alegou que as mercadorias comercializadas foram utilizadas como insumos (industrialização ou prestação de serviços) pelos destinatários, denominadas “canal 20” e que cabe RBC de 41,176% (art. 4º, I do Dec. 7.799/00), por não se sujeitarem ao ICMS ST (art. 8º, § 8º, III da Lei 7.014/96).

Convém ressaltar, que os valores exigidos relativos a estas operações representam a quase

totalidade dos valores cobrados na infração 3, conforme demonstrativos de fls. 19 a 40.

Quanto a estas operações, a fiscalização esclareceu que na coluna N (Red BC), fez constar “0,00”, por se tratar de operações de venda de mercadorias para estabelecimentos contribuintes do ICMS, que exercem atividades de comercialização de mercadorias, conforme atividade no cadastro de contribuintes, ocorrendo a obrigação de reter o ICMS-ST, e consequentemente, não contempladas com RBC de 41,176%, como previsto no art. 4º, I do Dec. 7.799/00, que exclui do benefício fiscal as operações com mercadorias enquadradas no regime de ST.

O estabelecimento autuado, na defesa apresentada, reconheceu que as mercadorias objeto da autuação, são enquadradas no regime de ST, tendo argumentado que foram vendidas para contribuintes que utilizam como insumos no processo de industrialização (Canal 20), afasta a exigência do ICMS-ST, conforme provas que *“irá carrear aos autos as declarações prestadas pelos seus clientes, ainda que de forma amostral, capazes de confirmar a argumentação despendida”* (fl. 63), porém, não juntou qualquer documento com a defesa.

Quanto ao pedido de diligência/perícia formulado na inicial, já foi apreciada a quesitação, ou seja, o levantamento fiscal foi feito com base nas notas fiscais emitidas pelo estabelecimento autuado, que identifica os fornecedores e poderia apresentar provas quanto às atividades exercidas da utilização dos insumos adquiridos, o que não pode ser determinado no momento da compra apenas com base nas atividades declaradas no cadastramento da SEFAZ/BA.

Como a fiscalização esclareceu ter sido lavrado concomitantemente o AI 1918.28.0011/19-4, e solicitado que fosse julgado simultaneamente com este, passo a fazer análise das provas apresentadas naquele processo, cuja infração 1 acusou falta de retenção do ICMS-ST relativo a este item “iii” (*processo de industrialização - Canal 20*), que corresponde à exigência relativa a recolhimento a menor, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo (infração 3).

Com relação às operações que a empresa alegou terem sido destinadas a processo de industrialização - *Canal 20 (i)*, constato que nos demonstrativos acostados às fls. 19/40, se identificam porcentuais de RBC de 0,00% (18%), relativo a operações sujeitas ao ICMS-ST.

O autuado juntou com a defesa do **AI 1918.28.0011/19-4**, consulta básica ao cadastro do ICMS, indicando que os destinatários exercem atividades secundárias de fabricação de produtos:

MARGARETE MARIA FERNANDES ARTE DO CIMENTO e declaração firmada (fl. 149 e 150/AI 1918.28.0011/19-4), 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/AI 1918.28.0011/19-4), pratica atividade secundária de fabricação de pré-moldados e prestou declaração de forma idêntica 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/AI 1918.28.0011/19-4):

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, no caso do item “iii”, procedeu a RBC relativa a mercadorias enquadradas no regime de ST, infringindo o art. 4º, I do Dec. 7.799/00.

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/AI 1918.28.0011/19-4, indica o nome de 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 com 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 129598, 129599 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/AI 1918.28.0011/19-4), 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, RI\$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, como da antecipação parcial, relativa 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/AI 1918.28.0011/19-4), 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; comercio 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 recolhido 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 à “*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, (AI 1918.28.0011/19-4), 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. 5), 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 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, mantendo integralmente as infrações 1, 2, 4 e 5, com redução do débito da infração 3, de R\$374.438,54 para R\$364.785,28, conforme demonstrativo abaixo, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Data Ocorr	Data Vencto	Autuado	Notas Fiscais	Deduzido	Fl.	Devido	Data Ocorr	Data Vencto	Devido
						0,00		Transporte	83.003,72
31/03/16	09/04/2016	1,83				1,83	31/08/17	15/09/2017	5.954,54
30/04/16	09/05/2016	2,53				2,53	30/09/17	15/10/2017	17.300,40
31/05/16	09/06/2016	0,95				0,95	31/10/17	15/11/2017	15.627,51
30/06/16	09/07/2016	1,67				1,67	30/11/17	15/12/2017	12.558,70
31/07/16	09/08/2016	2,15				2,15	31/12/17	15/01/2018	12.112,03
31/08/16	09/09/2016	2,41				2,41	31/01/18	15/02/2018	11.530,47
30/09/16	09/10/2016	1,46				1,46	28/02/18	15/03/2018	6.960,90
31/10/16	09/11/2016	2,61				2,61	31/03/18	15/04/2018	9.078,28
		9.979,33	129598/599/ 601/130467	4.767,58	20/v	5.211,75			11.378,44
30/11/16	09/12/2016						30/04/18	15/05/2018	
31/12/16	09/01/2017	7.385,90	132367	1.058,05	21	6.327,85	31/05/18	15/06/2018	40.123,96
31/01/17	09/02/2017	4.493,57				4.493,57	30/06/18	15/07/2018	22.947,96
28/02/17	09/03/2017	6.517,92	135915	1.184,80	22	5.333,12	31/07/18	15/08/2018	36.747,04
31/03/17	09/04/2017	25.415,82	138127	1.104,74	23	24.311,08	31/08/18	15/09/2018	33.296,55
30/04/17	09/05/2017	7.477,73	139955	1.436,17	23/v	6.041,56	30/09/18	15/10/2018	17.633,47
31/05/17	09/06/2017	7.401,25	141704	101,92	24	7.299,33	31/10/18	15/11/2018	8.428,76
30/06/17	09/07/2017	11.116,27				11.116,27	30/11/18	15/12/2018	13.117,26
31/07/17	15/08/2017	12.853,58				12.853,58	31/12/18	15/01/2019	6.985,29
Subtotal		92.656,98		9.653,26		83.003,72	Total		364.785,28

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 **191828.0017/19-2**, lavrado contra **ARCELORMITTAL BRASIL S. A.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o

pagamento do imposto no valor total de **R\$364.955,54**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” e “f”, VII, “a” da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais, além de multa fixa no valor de **R\$388,49**, prevista no art. 42, IX da citada Lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05, devendo ser homologados os valores já pagos.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de setembro de 2020.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO - JULGADOR