

PROCESSO - A. I. Nº 298624.0006/20-3
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e ARCELORMITTAL BRASIL S.A.
RECORRIDOS - ARCELORMITTAL BRASIL S.A. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0135-01/20-VD
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 05/08/2021

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0115-12/21-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RETENÇÃO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Demonstrado pelo Autuado que a grande maioria das operações registradas nas notas fiscais relacionadas neste Auto de Infração, foram destinadas a contribuintes com atividade de indústria, que utilizam o produto como insumo, ou que possuíam Termo de Acordo atribuindo a condição de responsável por substituição tributária, nos termos do Art. 7º-B do Decreto nº 7.799/2000. Demonstrativo de débito retificado. Modificada a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário interpostos contra Decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 24/02/2020, em razão da seguinte irregularidade:

Infração 01 - 07.02.02 – Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de janeiro, julho, setembro, novembro e dezembro de 2017, janeiro e setembro a novembro de 2018 e março a dezembro de 2019, sendo exigido ICMS no valor de R\$863.149,73, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96.

A 1ª JJF decidiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração, em decisão unânime, mediante o Acórdão nº 0135-01/20-VD (fls. 211 a 213), com base no voto do Relator a seguir transcrito:

“Inicialmente, verifiquei que foram observados todos os requisitos que compõem o auto de infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.

Apesar de não se constituir em problema o envio das intimações referentes a este processo diretamente para o advogado estabelecido pelo autuado, o não atendimento deste pedido não implica em nulidade do ato, quando a sua formalização ocorrer nos termos do art. 108 do RPAF.

O presente auto de infração exige ICMS em decorrência da falta de retenção do imposto, nas vendas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária destinadas a contribuintes do ICMS localizados no Estado da Bahia.

Procede a argumentação do autuado em relação à desobrigação de reter o ICMS por substituição tributária, nas saídas destinadas às empresas NOG Ferragens e Materiais para Construções Ltda, Itamar Araújo Oliveira Ltda, Alumifer Ltda e Bartofil S.A. Estas empresas possuíam termo de acordo com a SEFAZ, para figurar como responsável por substituição tributária em relação às aquisições de mercadorias sujeitas a esse regime, conforme documentos anexados das fls. 79 a 95, nos do art. 7º-B do Decreto nº 7.799/2000. Assim, torna indevida a exigência contida neste auto de infração em relação a essas operações.

Porém, ficam mantidas as exigências em relação às operações destinadas a NOG Ferragens e Materiais para Construções Ltda, ocorridas no mês de janeiro de 2017, visto que a atribuição da condição de substituto tributário somente foi deferida a partir de 08/08/2017, conforme parecer à fl. 80.

Ficam confirmadas, ainda, as exigências em relação às operações destinadas às empresas Polipor Indústria e Comércio de Plásticos Ltda e Isomega Indústria Comércio e Distribuição de Plástico, relacionadas no demonstrativo de débito anexado à fl. 131, pois não possuíam o referido termo de acordo, e apesar de possuírem atividade de fabricação de embalagens de material plástico em seu cadastro, também constam as atividades econômicas de atacadista e varejista e a mercadoria objeto das operações (treliça de aço) não se constitui como insumo na produção de material plástico, ficando afastada a hipótese de exceção à obrigação de

retenção pelo remetente, contida no inciso III do § 8º do art. 8º da Lei nº 7.014/96.

Entretanto, o mesmo não se pode afirmar em relação às operações destinadas à empresa Cimentação Distribuidora de Aço e Cimento Ltda, que possui em seu cadastro atividade econômica de fabricação de artefatos de cimento para uso na construção. Entendo que a dívida quanto ao uso da mercadoria constante nas respectivas notas fiscais (treliça de aço), relativas às vendas para a Cimentação Distribuidora de Aço e Cimento Ltda, deveria ser objeto de investigação junto ao destinatário e não junto ao remetente. O destinatário possui atividade industrial sujeita ao ICMS, o que desobriga o remetente de fazer a retenção nas vendas a ele destinada, conforme estabelecido no inciso III do § 8º do art. 8º da Lei nº 7.014/96.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, ficando reduzida a exigência fiscal para R\$43.624,15, conforme a seguir:

DATA DE OCORRÊNCIA	VALOR HISTÓRICO
31/01/2017	14.206,10
31/03/2019	10.577,30
31/07/2019	13.244,16
31/10/2019	5.596,59
TOTAL	43.624,15

A 1ª JJF recorreu de ofício da referida decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do Art. 169, I, “a” do RPAF/99.

O Autuado apresentou Recurso Voluntário (fls. 225 a 232), nos termos do Art. 169, I, “b” do RPAF/99, no qual disse que os Autuantes não se atentaram que os destinatários celebraram Regimes Especiais, através dos quais lhes foi atribuída a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devido por substituição tributária, quando das saídas internas subsequentes por eles praticadas, nos termos da Cláusula Segunda do Protocolo ICMS 26/10 c/c o Art. 7º-B do Decreto nº 7.799/00.

Chamou atenção para o equívoco da Decisão recorrida quanto ao período de vigência do Regime Especial da empresa NOG FERRAGENS E MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA, já que o referido Regime Especial foi apenas renovado em 08/08/2017, já estando vigente anteriormente.

Falou ter restado desacreditado o lançamento em função da redução efetuada pela Decisão recorrida e suscitou a nulidade da autuação, com base no Art. 142 do CTN, por entender que a referida redução foi um refazimento do lançamento.

Alegou que o ato administrativo deve delimitar a matéria tributável para que seja tido como válido, não podendo o sustentar com base em qualquer dúvida, apontando situações que presumivelmente seriam passíveis de subsunção à norma de tributação nem transferindo ao Autuado o ônus da prova.

Discorreu sobre o princípio da proporcionalidade, uma das facetas do princípio da razoabilidade, para concluir que a multa aplicada tem caráter confiscatório, portanto, inconstitucional.

Requeru o recebimento do Recurso Voluntário para determinar o cancelamento integral da autuação, ou, sucessivamente, a sua improcedência quanto às operações praticadas com a empresa NOG FERRAGENS E MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA, bem como o cancelamento ou redução das penalidades aplicadas, de modo a atender a regra do Art. 150, IV da CF/88.

Registro a presença na sessão de julgamento do advogado do Autuado que efetuou a sustentação oral, Sr. Gabriel Lopes da Costa Oliveira - OAB/MG nº 115.699.

VOTO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário interpostos contra Decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em razão da falta de retenção e recolhimento do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Constato que o Recurso de Ofício é cabível, tendo em vista que o julgamento de 1ª Instância desonerou parcialmente o presente Auto de Infração no valor de R\$1.353.880,09, conforme extrato

(fl. 215), montante superior a R\$200.000,00, estabelecido no Art. 169, I, “a” do RPAF/99.

Observo que a desoneração decorreu da exclusão das operações com empresas que possuíam Termo de Acordo com a SEFAZ, para figurar como responsável por substituição tributária em relação às mercadorias sujeitas a esse regime, e com empresas industriais que utilizam a mercadoria como insumo em seu processo produtivo.

Tendo em vista que o mérito da demanda em ambos os recursos decorre da verificação da situação dos destinatários, analisarei em conjunto ambos os Recursos de Ofício e Voluntário.

A redução perpetrada pela Decisão recorrida não é um refazimento do lançamento nem gera a nulidade da autuação, sendo apenas o ajuste necessário para aperfeiçoar o lançamento, que é o objetivo do processo administrativo fiscal, não gerando nenhum prejuízo à defesa do Autuado e, com base no princípio *pas de nullité sans grief*, inserto no §2º, do Art. 18 do RPAF/99 e no parágrafo único do Art. 283 do novel CPC, rejeito a nulidade suscitada.

A Decisão recorrida excluiu as operações realizadas com os contribuintes abaixo, sendo que manteve as realizadas em janeiro de 2017 com a empresa NOG FERRAGENS E MATERIAIS PARA CONSTRUÇÕES LTDA., por não ter equivocadamente observado que já havia Termo de Acordo com a SEFAZ desde 2015, para figurar como responsável por substituição tributária em relação às mercadorias sujeitas a esse regime.

Portanto, não merece reparo a Decisão recorrida que excluiu as operações com as empresas abaixo relacionadas, exceto com a manutenção da exigência em relação ao mês de janeiro de 2017, a qual deve também ser excluída.

- CIMENTAÇÃO DISTRIBUIDORA DE AÇO E CIMENTO LTDA. (IE nº 157.960.390): possui em seu cadastro a atividade econômica de fabricação de artefatos de cimento para uso na construção, o que desobriga o remetente de fazer a retenção nas vendas a ele destinada, conforme estabelecido no inciso III, do §8º, do Art. 8º da Lei nº 7.014/96.
- NOG FERRAGENS E MATERIAIS PARA CONSTRUÇÕES LTDA. (IE nº 24.988.207): possui Termo de Acordo com a SEFAZ, para figurar como responsável por substituição tributária em relação às mercadorias sujeitas a esse regime (Parecer nº 22.618/15, de 28/09/2015, prorrogado pelo Parecer nº 21.869/17, de 04/08/2017).
- ITAMAR ARAÚJO OLIVEIRA & CIA LTDA. (IE nºs 64.287.692 e 150.492.487): possui Termo de Acordo com a SEFAZ, para figurar como responsável por substituição tributária em relação às mercadorias sujeitas a esse regime (Pareceres nº 34.682/18, de 19/10/2018, e 14.870/19, de 03/06/2019, respectivamente).
- ALUMIFER ALUMÍNIO E FERRO LTDA. (IE nºs 75.341.058 e 010.954.830): possui Termo de Acordo com a SEFAZ, para figurar como responsável por substituição tributária em relação às mercadorias sujeitas a esse regime (Pareceres nº 318/15, de 08/01/2015, prorrogado pelo Parecer nº 34.314/18, de 04/09/2018, e 34.306/18, de 16/10/2018, respectivamente).
- BARTOFIL DISTRIBUIDORA S.A. - antes BCR COMÉRCIO E INDÚSTRIA S.A. (IE nº 083.203.743): possui Termo de Acordo com a SEFAZ, para figurar como responsável por substituição tributária em relação às mercadorias sujeitas a esse regime (Parecer nº 16.323/18, de 02/05/2018).

Também não merece reparo a Decisão recorrida que manteve a exigência em relação às operações com as empresas POLIPOR INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS LTDA. EPP - EPP (IE nº 75.069.790) e ISOMEGA INDÚSTRIA COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO DE PLÁSTICO LTDA. (IE nº 043.852.224), pois não possuem Termo de Acordo nem utilizam as mercadorias adquiridas como insumos.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício e pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração no valor de R\$29.418,05, conforme demonstrado abaixo:

Data Ocorrência	Valor do ICMS
31/03/2019	10.577,30
31/07/2019	13.244,16
31/10/2019	5.596,59
Valor Total	29.418,05

Ressalto que não se incluem na competência deste CONSEF a declaração de inconstitucionalidade nem a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior. Como a multa aplicada no percentual de 60% está prevista no Art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96, não há previsão legal para cancelar ou reduzir a mesma como requereu o Autuado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298624.0006/20-3**, lavrado contra **ARCELORMITTAL BRASIL S.A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$29.418,05**, acrescido de multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96, e acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 26 de abril de 2021.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

MARCELO MATTEDI E SILVA – RELATOR

RAIMUNDO DE SOUZA ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS