

PROCESSO	- A. I. N° 207103.0005/19-1
RECORRENTE	- COMPANHIA SIDERÚRGICA NACIONAL-CSN
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0072-01/20-VF
ORIGEM	- IFEP INDUSTRIA
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 17/11/2021

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0262-12/21-VF

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SAÍDAS DESTINADAS A CONTRIBUINTES LOCALIZADOS NESTE ESTADO. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. A lei atribui ao remetente, a responsabilidade pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, devendo fazer a retenção do imposto nas operações de saída que efetuar, para o fim de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subsequentes, a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado. Manutenção do indeferimento de reunião de autos e de diligência/perícia. Afastadas as preliminares de nulidade arguidas. Mantida a decisão que julgara a infração subsistente. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuida-se de Recurso Voluntário (fls. 173 a 190), interposto em face do Acórdão nº 0072 -01/20-VF (fls. 157 a 161), que concluirá pela Procedência da autuação.

O presente Auto de Infração, lavrado em 25/06/2019, e notificado ao Sujeito Passivo em 27/06/2019, resultou na cobrança de ICMS-ST omitido, no valor de R\$446.513,27, mais multa de 60%, e demais acréscimos legais, sob a acusação de cometimento de infração única, em todos os períodos de apuração do exercício de 2016, enunciada da seguinte maneira:

INFRAÇÃO 01 – 07.02.03 – 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 neste Estado.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – VENDAS DE MERCADORIAS SUJEITAS A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA-DEIXOU DE PROCEDER A RETENÇÃO E CONSEQUENTEMENTE O RECOLHIMENTO NA QUALIDADE DE SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO, ÀS OPERAÇÕES INTERNAS SUBSEQUENTES, NAS VENDAS A CONTRIBUINTES LOCALIZADOS NO ESTADO DA BAHIA.

A CSN infringiu além dos arts. constantes no SLCT: O ARTs. 8, INC. II, PARAG. 8º, INCIS. III; ART. 16, INC. I, al “c” e 23. INC. II, PARAG. 5º DA LEI 7.014/96. TAMBÉM O ART. 289 DO RICMS/BA - DEC. 13.780/12. (...) Enquadramento Legal: art. 8º, II, da Lei nº 7.014/96 C/C art. 289, do RICMS publicado pelo Decreto nº 13.780/2012. Multa Aplicada: art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96.

Em sessão de 09/07/2020, 1ª JJF rejeitou todos os argumentos de defesa, consoante o voto condutor a seguir transcrito:

VOTO

Incialmente, verifico que o presente lançamento foi efetuado de forma comprehensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente à irregularidade apurada, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos. Foram observados, portanto, todos os requisitos previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.

Vale ressaltar que o sujeito passivo pode exercer de forma plena o seu direito ao exercício do contraditório, diante, inclusive, do fato da peça apresentada analisar detidamente a autuação, o que denota pleno conhecimento de todo o teor da acusação, e o pleno exercício de seus direitos fundamentais, não havendo do que se falar de cerceamento ao direito de defesa.

Dessa forma, o Auto de Infração atende aos requisitos legais, estando presentes todos os pressupostos exigidos na norma para a sua validade, especialmente os artigos 142 do CTN e 39 do RPAF/99, já acima citado, pelo que passo à análise do mérito, como se segue.

Quanto ao pedido de perícia/diligência, as manifestações recíprocas das partes contribuíram para elucidar os pontos controvertidos, suprimindo a necessidade de qualquer providência nesse sentido. Rejeito, assim, a solicitação de perícia ou diligência, com base no art. 147, inciso I, “a” e II, “b”, do RPAF/99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para análise do mérito da autuação e conclusões acerca da lide.

Fica também afastada toda discussão acerca da constitucionalidade da multa exigida no presente processo, pois de acordo com o inciso I, do artigo 167 do RPAF, não é competência deste órgão julgador a declaração de constitucionalidade da legislação tributária estadual, estando a multa aplicada prevista no art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O autuado inicialmente contestou a exigência alegando duplicidade de cobrança com o Auto de Infração nº 2071030004/19-5, relativo ao mesmo período de janeiro a dezembro de 2016.

Todavia, não assiste razão ao autuado, tendo em vista que apesar de se referirem ao mesmo período, o Auto de Infração acima citado e seus demonstrativos, anexados pelo autuante aos autos, dizem respeito a exigência da diferença do ICMS normal, devido pelo erro de aplicação de alíquota, enquanto a autuação em lide refere-se à falta de retenção e o consequente recolhimento do ICMS-ST. Portanto, são duas infrações distintas, não havendo do que se falar em cobrança em duplicidade.

Em relação à alegação defensiva de que as mercadorias questionadas não estão enquadradas no regime de substituição tributária, apesar de ser correta a afirmação do autuado de que para a inclusão no regime de substituição é necessária a identificação do código NCM e a descrição do produto no texto legal, efetivamente não é possível se abranger todas as denominações existentes para um determinado grupo de produtos num texto legal. Os termos usados no Anexo 1 do RICMS seguem as denominações generalizantes aplicadas na tabela da NCM, visando alcançar todos os produtos a que refere as respectivas posições da NCM.

Não resta dúvida de que “telhas de aço”, descrição da mercadoria utilizada pelo próprio autuado em seus documentos fiscais, efetivamente se tratam de “telhas metálicas”, item nº 8.50 - CEST 10.050.00 - NCM 7308.90.9, constante do Anexo I, do RICMS/12, à época dos fatos geradores.

Ressalto que na tabela TIPI (Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados), inclusive, o NCM 7308.90.90, descreve o produto como “Outros – Ex: 01 – Telhas de Aço”.

Como bem frisou o autuante, embora o autuado tenha classificado suas mercadorias – TELHAS DE AÇO, com os NCMs 72091700 e 72091800, ao invés de 7308.909, resta evidenciado que o contribuinte incorreu em erro, pois na Tabela os NCMs 72091700 e 72091800 têm como descrição da mercadoria: LAMIN. FERRO/AÇO, A FRIO em rolos em diversas medidas, que não correspondem às descrições dos produtos por ela vendidos.

Ademais, embora nos livros de saídas de mercadorias – EFD da autuada constem os NCMs 7209.1770 e 7209.1800, como já mencionado nos corpos das NFs, que serviram para os lançamentos nos livros RS/EFD, consta o NCM 7308.90.90 para as operações, conforme comprovam os documentos que o autuante acostou aos autos.

Portanto, não resta dúvida que as mercadorias vendidas pelo autuado são efetivamente “telhas metálicas” que estão enquadradas no regime da ST, tendo o contribuinte deixado de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Intimado, o Sujeito Passivo ofereceu Recurso Voluntário em sede do qual reeditou os argumentos da defesa, opondo os argumentos à decisão de primeiro grau a seguir resumidos:

- a) que as operações objeto da autuação não se subsumem ao regime de apuração do ICMS em substituição tributária (ICMS-ST) e o dever de retenção por parte do remetente ao mercado interno, quando da saída das mercadorias;
- b) que “não pode o Fisco Estadual pretender simplesmente desconsiderar o enquadramento correto dos produtos produzidos pela Recorrente ao pretexto de enquadrá-los em NCM que justifique a majoração da incidência tributária, no afã único e exclusivo de aumentar sua arrecadação”;
- c) que constaram nos cálculos carreados “pela própria autoridade fiscal que realizou a lavratura do Auto de Infração, onde constam os NCMs citados pela Recorrente, não sujeitos ao ICMS-ST

por não constarem do anexo I do RICMS/BA vigente à época dos fatos”;

d) que não pode prevalecer a decisão de Primeira Instância, pois pretende fazer crer que os produtos relacionados aos NCM 7308.90.9, os quais estariam sujeitos ao ICMS-ST, são os mesmos produtos enquadrados nos NCMS 7209.1700 e 7209.1800.

Reiterou, a título de preliminar, a reunião dos autos com os do PAF em que se discute o Auto de Infração nº 2071030004-19-5, pois afirma que houve cobrança em duplicitade de ICMS no mesmo período (01 a 12/2016), não concordando com a argumentação de que os autos formularam lançamentos diferentes, pois “*se vislumbra tratar-se dos exatos mesmos valores autuados no presente feito*”.

Reiterou, também em sede preliminar, déficit na fundamentação do Auto de Infração por ausência na demonstração do enquadramento legal que ensejou a base de cálculo majorada, afirmindo “*completa ausência, no Auto de Infração, da tipificação legal utilizada pelo fiscal para a elaboração dos cálculos através do qual pretende a cobrança do ICMS-ST da Recorrente na condição de substituta tributária*”, admoestando que “*o agente fiscal majorou a base de cálculo utilizada pela ora Recorrente para o recolhimento do ICMS, de modo que a base de cálculo utilizada pela fiscalização corresponde a 145% da base de cálculo adotada pela Recorrente.*” Afirmou ainda que, em Primeira Instância, o tema foi afastado “*em fundamentação padrão adotada em casos semelhantes onde denota-se a ausência de devido confrontamento das alegações trazidas na impugnação administrativa com o AIIM em apreço (...).*”

Também reiterou a necessidade de conversão do julgamento em diligência e perícia fiscal, “*para que reste indubitavelmente comprovado que os itens comercializados pela impugnante foram adequadamente enquadrados nos NCMS 7209.1700 e 7209.1800, estes não sujeitos ao ICMS-ST por não constarem do anexo 1 do RICMS/Ba à época dos fatos geradores em exame*”.

Requereu, enfim, em caráter sucessivo a exclusão ou redução da multa aplicada, com amparo nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. E, subsidiariamente, postulou que os consectários legais (juros e correção monetária) sejam limitados à taxa SELIC, não podendo incidir sobre a multa, sob pena de nulidade.

Recebidos os autos, estes foram a mim distribuídos em 09/11/2020 e, por considerá-los instruídos, solicitei ao Sr. Secretário que os incluísse em pauta de julgamento.

Na sessão de 25/11/2020, esta Câmara decidiu converter o feito em diligência (fls. 203 e 204), a pedido do Sujeito Passivo, para que estes autos fossem reunidos a outros que contemplam assuntos correlatos, e a ASTEC providenciasse, com a colaboração do Sujeito Passivo, ao exame técnico das mercadorias envolvidas. Todavia, instado a diligenciar consulta ao órgão competente da Secretaria da Receita Federal do Brasil – RFB a fim de obter esclarecimento sobre qual a classificação fiscal adequada dos produtos registrados na escrita do Recorrente como “Telha de Aço Galvanizado” e “Cumeeira de Aço”, o mesmo protocolizou petição em 28/06/2021 (fl. 214) na qual declara expressamente “*as empresas optaram por não realizar a consulta*”.

Repousa, enfim, às fls. 211 a 215 o Parecer ASTEC nº 19/2021, concluindo pela falta de êxito da diligência, que efetivamente tinha por pressuposto a consulta à Receita Federal do Brasil a ser promovida pelo Sujeito Passivo. Registrou-se ali, ainda, que em consultas informais realizadas por meio da Rede Mundial de Computadores, que “Telha de Aço Galvanizado” e “Cumeeira de Aço” são classificadas sob o código NCM 7308.90.90.

Retornados os autos, solicitei nova inclusão em pauta, e os trago, pois, a esta sessão de 26/08/2021, para julgamento.

Registro a presença na sessão de julgamento do Advogado do Autuado que efetuou a sustentação oral, Sr. Munir Argentim - OAB/SP nº 398.014.

É o relatório.

VOTO

O Recurso Voluntário é cabível e adequado (art. 169, inciso I, alínea “b” do RPAF/99), deduzido dentro do prazo do art. 171 do RPAF/99, por isso dele conheço.

Há questões preliminares, prejudiciais e de ordem processual a serem enfrentadas, antes das questões principais (art. 154 do RPAF/99).

Inicialmente, insto à Secretaria que proceda à renumeração dos autos a partir da fl. 215 (pois, a seguir, no Parecer da ASTEC, retoma-se a numeração de fl. 211).

Rejeito o requerimento de decretação de nulidade da decisão, pelo que se aventa suposta “duplicidade de cobrança” do crédito constituído por meio do Auto de Infração ora em exame, e por meio daquele de nº 207103.0004/19-5, ou reunião dos autos para julgamento concomitante. Embora frutos da mesma ação fiscal, e, por conseguinte, ainda que resultantes dos mesmos períodos de apuração, não se vê como uma infração para exigir diferença do ICMS normal, devido pelo erro de aplicação de alíquota (aqueles autos), possa interferir na cobrança de ICMS-ST nas operações internas. Não há congruência no requerimento. Indeferido.

Melhor sorte não assiste ao requerimento de reforma da decisão (a rigor, portanto, não se trata de preliminar), para decretação de nulidade do Auto de Infração por déficit na fundamentação daquela peça acusatória, ante suposta ausência na demonstração do enquadramento legal que ensejou a base de cálculo majorada. O Auto de Infração contém os elementos necessários para o entendimento da acusação, e nesse passo, tem razão o órgão julgador de primeiro grau, quando pontua que a defesa se houve intensa e satisfatoriamente desenvolvida. Não se faz necessário que a peça acusatória contenha menção de todo o repertório da legislação, desde os píncaros constitucionais às planícies regulamentares, para que se atinja ao comando da fundamentação “de forma clara, precisa e sucinta” como determina o art. 39 do RPAF/99. Aliás, se o fizesse, não seria nem claro, nem sucinto.

De resto, a majoração da base para o cálculo do ICMS-ST, é um consectário lógico do instituto. O que se aplica é a alíquota que se estima será incidente para operações de realização presumida futura, sobre um valor que se estima, será alcançado após considerar-se a margem de lucro e outros custos apropriáveis. Vale dizer, aliás, que há pouco tempo foi aprovada alteração na Lei do ICMS/BA, a franquear ao contribuinte insatisfeito a revisão dos valores presumidamente aplicados, abrindo mão do encerramento da tributação. O Sujeito Passivo não questiona tais valores, mas tão-só, a ausência de indicação precisa do dispositivo da legislação que acarreta o cálculo da base nas operações subsequentes (presumidas), a partir da base de cálculo nas operações realizadas. Com toda licença, não me parece que haja aqui déficit de fundamentação. Indeferido.

O pleito de diligência fiscal ou perícia, de igual modo, não se sustenta. Não nos parece que hajam elementos nos autos aptos a gerar a dúvida que a consulta a um *expert* ou a agentes da fiscalização (ainda que estranhos à ação fiscal), para dirimi-lo. A questão de fundo é examinar se a mercadoria apontada pelo Autuante, descrita nos anexos do Auto de Infração e comentada pelo Sujeito Passivo em suas peças de defesa, enquadram-se em tal ou qual classificação fiscal, e estão sujeitas, ou não, ao regime do ICMS-ST. Esta matéria, aliás, se fora controvertida ao Sujeito Passivo, poderia ser facilmente reforçada por pareceres ou outras peças persuasivas. Portanto, não se trata de negar o direito à prova, mas de reconhecer que os elementos dos autos são suficientes para a solução da demanda, de modo que se atenda ao preceito constitucional da razoável duração do processo. Ainda assim, houve esforço desta Câmara em atender ao requerimento, mas o Recorrente manifestou expressamente desinteresse na realização (fls. 214). Requerimento prejudicado.

Enfim, embora sucessivos ou subsidiários, penso que se possa, desde logo, examinar os pleitos de cancelamento ou redução da multa, e de que os consectários legais (juros e correção monetária), sejam limitados à taxa SELIC. Ambos os pleitos encontram óbice no art. 167 do

RPAF/99, e no art. 125 do COTEB.

Com as ressalvas pessoais desta Relatoria, é inviável o exame no âmbito do CONSEF, em derredor da redução de penalidade pela aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, em detrimento de disposições expressas da legislação tributária de regência. Conquanto sejam relevantes os precedentes citados pelo Recorrente, no âmbito dos Tribunais Superiores, por uma questão de Política Legislativa, a Casa que representa o Povo da Bahia decidiu não contemplar este Conselho com a competência para efetuar a dosimetria nessas circunstâncias, *ex vi* do art. 125 da Lei nº 3.956, de 11/12/1981 (COTEB), que veda expressamente que os “órgãos julgadores” deliberem sobre “*a declaração de inconstitucionalidade*”, “*questão sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida*”, e “*a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior*”.

Feitas essas observações, cabe adentrar naquilo que o RPAF/99 denomina de “matéria principal” (art. 154): afinal, as mercadorias que deram azo à autuação devem ser enquadradas, ou não, no regime de ICMS-ST, quando das saídas subsequentes realizadas internamente?

Às fls. 24 a 32 repousa o demonstrativo do Autuante, dando conta de que as operações que ensejaram a autuação, tiveram por objeto a “venda de produção do estabelecimento” (CFOP 5.101), todas elas destinadas a adquirentes situados nos limites territoriais deste Estado. Os produtos, em sua esmagadora maioria, são descritos como “Telha de Aço Galvanizado”, com pouquíssimas ocorrências de “Cumeeira de Aço Galvanizado”.

Ora, a questão, portanto, é de se definir se esses produtos se enquadram nas hipóteses previstas no Anexo I ao RICMS-BA/99, vigente para 2016, conforme apontadas pelo Autuante, ou se estariam enquadradas em alguma exceção ou classificação mais adequada, que afastasse a incidência do ICMS-ST.

O Sujeito Passivo, ora Recorrente, classifica fiscalmente sua produção como “Laminado de Ferro/Aço a Frio” (Tabela NCM 7209.1700 e 7209.1800), e entende que, a despeito da descrição constante das Notas Fiscais de sua emissão - os demonstrativos do autuante foram elaborados a partir das Notas Fiscais de emissão do Recorrente -, esta seria a melhor classificação para os bens de sua produção. Rejeita que se os possa enquadrar como “Telha Metálica” (item 8.50, CEST 10.050.00, NCM 7308.90.90, conforme Anexo I ao RICMS-BA/12, vigente ao tempo dos atos que ensejaram a acusação fiscal).

Com a devida licença, foge à natureza das coisas entender que mercadorias descritas como “Telha de Aço Galvanizado” pelo seu produtor e vendedor, na sua escrita fiscal, é outra coisa que não “Telha Metálica”.

O código NCM e a classificação fiscal a partir do mesmo, como toda obra humana, é falível. Sua utilização também é falível. Classificação fiscal de bens e mercadorias são falíveis, e estão na raiz de muitos dos conflitos fiscais que se nos apresentam.

Todavia, consulto-o e não consigo atingir a conclusão diversa daquela a que alcançaram o Autuante e o órgão julgador de primeiro grau. Senão, vejamos.

Para o NCM 7308.90.90 (que, reputa-se e é incontrovertido, está ao lado da descrição “telhas metálicas” no Anexo I ao RICMS-BA/12, vigente para o exercício de 2016), temos o seguinte:

Capítulo 73: Obras de ferro fundido, ferro ou aço.

73.08: Construções e suas partes (por exemplo, pontes e elementos de pontes, comportas, torres, pórticos, pilares, colunas, armações, estruturas para telhados, portas e janelas, e seus caixilhos, alizares e soleiras, portas de correr, balaustradas), de ferro fundido, ferro ou aço, exceto as construções pré-fabricadas da posição 94.06; chapas, barras, perfis, tubos e semelhantes, de ferro fundido, ferro ou aço, próprios para construções.

7308.10.00: Pontes e elementos de pontes

7308.20.00: Torres e pórticos

7308.30.00: Portas e janelas, e seus caixilhos, alizares e soleiras

7308.40.00: Material para andaimes, para armações (cofragens) ou para escoramentos

7308.90: Outros

7308.90.10: Chapas, barras, perfis, tubos e semelhantes, próprios para construções

7308.90.90: Outros

Ora, “Telha de Aço Galvanizado” é uma obra de aço (Capítulo 73). É, sem dúvida, uma parte de construção de aço (7308). Não é nem ponte (7308.10.00); nem torre ou pórtico (7308.20.00); nem porta, janela, caixilho, alizar ou soleira (7308.30.00); nem material para andaime, armações ou escoramentos (7308.40.00). Parece mais adequado classificá-la como outro tipo de artefato, mais especializado do que uma chapa de aço própria para construção.

Fazendo o mesmo exercício, seguindo as alegações do contribuinte, a classificação não nos parece convincente. Senão, vejamos.

Ambas as classificações estão sob a Seção XV “Metais Comuns e suas Obras”.

Capítulo 72: Ferro fundido, ferro e aço.

72.09: Produtos laminados planos, de ferro ou aço não ligado, de largura igual ou superior a 600 mm, laminados a frio, não folheados ou chapeados, nem revestidos.

7209.1: Em rolos simplesmente laminados a frio;

7209.15.00: De espessura igual ou superior a 3 mm

7209.16.00: De espessura superior a 1 mm, mas inferior a 3 mm

7209.17.00: De espessura igual ou superior a 0,5 mm, mas não superior a 1 mm

7209.18.00: De espessura inferior a 0,5 mm

Ora, nem nos parecia necessário converter o feito em diligência ou perícia para assumir a presunção de veracidade na documentação fiscal produzida pela própria Recorrente, de que vendeu “Telhas de Aço Galvanizado” (e não peças inespecíficas de aço), produto este, que às escâncaras, está previsto como sujeito à incidência de ICMS em substituição tributária nas vendas internas. Vencido, acompanhei o pedido de diligência, ante a busca incessante desta Câmara em atingir a verdade material, e propiciar ao Sujeito Passivo amplo espectro de defesa.

Cabia ao Sujeito Passivo provar o contrário do que sua escrita fiscal faz prova, mas como registrado no relatório, não só o Sujeito Passivo desistiu de realizar a diligência por si solicitada, como a apreciação por Auditor Diligente, vinculado à ASTEC/CONSEF, concluiu do mesmo modo que o Autuante, os julgadores de primeiro grau e esta Relatoria.

Desnecessário dizer mais.

Concluo pela manutenção do julgamento de Primeira Instância, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, e consequentemente pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

É como voto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgara PROCEDENTE o Auto de Infração nº 207103.0005/19-1, lavrado contra COMPANHIA SIDERÚRGICA NACIONAL-CSN, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$446.513,27, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

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

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

HENRIQUE SILVA DE OLIVEIRA – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. DA PGE/PROFIS