

A. I. Nº - 293872.0007/19-0  
AUTUADO - ARCELORMITTAL SUL FLUMINENSE S. A.  
AUTUANTE - MARCO AURÉLIO ANDRADE SOUZA  
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO  
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 20/05/2021

**1<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0065-01/21-VD**

**EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. ESTORNO DE DÉBITO. DESCONFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO.** Exigência de ICMS em razão de indevido lançamento de crédito para compensar lançamento de ICMS em nota fiscal complementar, emitida para ajuste de preço. Mercadorias comercializadas foram recebidas em transferência de estabelecimento industrial da mesma empresa, localizado em outra Unidade da Federação. As mercadorias estavam sujeitas ao regime de substituição tributária e o autuado era responsável em efetuar nova tributação nas saídas internas subsequentes. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O auto de infração em lide, lavrado em 11/12/2019, formaliza a exigência de ICMS no valor total de R\$344.597,38, em razão de ter efetuado estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação (01.06.01), ocorrido nos meses de fevereiro, março, abril, julho, agosto, outubro, novembro e dezembro de 2016, de fevereiro, março, abril, junho, julho, agosto, setembro, outubro e novembro de 2017 e de janeiro, abril e maio de 2018, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “f” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O autuante acrescentou que o autuado é substituto tributário no Estado da Bahia, exercendo a atividade de comércio atacadista de ferragens e ferramentas, sendo uma unidade da Votorantim Siderurgia S/A, localizada no Estado do Rio de Janeiro. Disse que a lei atribui ao autuado a condição de sujeito passivo por substituição, devendo efetuar a tributação do ICMS próprio e a retenção do ICMS-ST nas operações de saídas internas subsequentes.

Disse que o autuado realizou operações de saídas internas de mercadorias da substituição tributária sem o destaque do ICMS e posteriormente emitiu notas fiscais de complemento do imposto. Em seguida, estornou indevidamente os valores do ICMS referentes a estes documentos fiscais nos livros de apuração do ICMS dos exercícios de 2016, 2017 e 2018.

O autuado apresentou defesa das fls. 179 a 198. Disse que após realização de auditoria interna verificou que as supostas infrações não guardam pertinência com os documentos fiscais que consubstanciaram as citadas operações, pois realizou os estornos com base no 292 do RICMS.

Alegou que o autuante não provou as incorreções apontadas, presumindo que determinados fatos ocorreram e sem a determinação da matéria tributável, atribuindo ao autuado a obrigação de fazê-lo. Em observância ao princípio da verdade material requereu a realização de diligência averiguatória e probatória. Reclamou que o autuante não analisou a integralidade dos documentos e informações disponibilizados no curso da fiscalização.

Ressaltou a falta de clareza na capitulação da suposta infração cometida à norma tributária. Disse que o autuante citou como infringidos os arts. 24, 25 e 26 da Lei nº 7.014/96 que são compostos de diversos incisos e parágrafos com diversas hipóteses delitivas. Questionou como foi determinada a base de cálculo, já que não sabe qual critério foi adotado no lançamento fiscal, fulminando de

nulidade por violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Destacou que as notas fiscais de saída juntadas pela fiscalização se referem a operações de vendas de mercadorias adquiridas de terceiros, sujeita ao regime de substituição tributária na condição de contribuinte substituto, vinculadas ao CFOP 5405 e operações de vendas de mercadorias adquirida ou recebida de terceiros para industrialização ou comercialização, conforme CFOP 5102.

Alegou que o ICMS foi recolhido por antecipação no início de toda a cadeia produtiva e que a apropriação do crédito de ICMS nas operações subsequentes àquelas que deram ensejo à antecipação do imposto devido é permitido nos termos do art. 292 do RICMS. Citou como exemplo a nota fiscal nº 23.763 em arquivo denominado “DOC 3 – NFs” no CD à fl. 211, emitida com código CFOP 5405, que indica que o imposto estadual foi destacado apenas para possibilitar o creditamento do ICMS pelo destinatário.

Asseverou que a multa aplicada viola aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e, em destaque, o do não-confisco, estabelecido no inciso IV do art. 150 da Constituição Federal. Juntou decisões do STF nesse sentido e requereu a sua redução a níveis compatíveis com a suposta infração.

Reiterou o pedido de perícia ou diligência para comprovação dos equívocos cometidos no lançamento fiscal. Trouxe os seguintes quesitos a serem respondidos:

- 1 – houve o recolhimento antecipado do ICMS no início da cadeia?
- 2 – a legislação da Bahia permite a apropriação de créditos de ICMS nas operações subsequentes àquelas que deram origem à antecipação do ICMS devido em toda a cadeia de operações?
- 3 – o autuado realizou o destaque do ICMS e, posteriormente, o estorno do imposto estadual em conformidade com a legislação estadual, a fim de que fosse possibilitado ao destinatário a apropriação do crédito?

O autuante apresentou informação fiscal das fls. 214 a 216. Disse que o auto de infração preenche todas as formalidades legais e indica pormenorizadamente a legislação infringida. Alegou que o imposto e a base de cálculo foram apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos.

Explicou que elaborou duas planilhas de cálculo. Em uma foi apresentado o demonstrativo discriminando mês a mês os estornos de débitos efetuados nos livros de apuração do ICMS, a descrição do ajuste, número das notas fiscais e valores dos lançamentos, além de cópias dos documentos fiscais. Na outra planilha, consta o quadro resumo dos valores mensais do ICMS que foram estornados indevidamente no Livro de Apuração do ICMS.

Explicou que o autuado é substituto tributário no Estado da Bahia, exercendo a atividade de comércio atacadista de ferragens e ferramentas, sendo uma unidade de distribuição da Votorantim Siderurgia S/A, localizada no Estado do Rio de Janeiro. Assim, conclui que o autuado deve fazer a retenção do imposto nas operações de saídas internas que realizar, relativo à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes, conforme inciso II do art. 8º da Lei nº 7.014/96.

Destacou que por ser filial atacadista de indústria localizada em outra unidade da Federação, o momento do fato gerador do imposto ocorre nas saídas das mercadorias do estabelecimento com destino a empresa diversa localizada na Bahia e não na entrada. Afirmou que este é o procedimento regular do autuado ao adquirir mercadorias da substituição tributária de sua matriz e filiais, não cabendo a fruição do tratamento previsto no art. 292 do RICMS.

Reiterou que o procedimento do autuado em realizar operações de saídas internas de mercadorias da substituição tributária sem destaque do ICMS e posteriormente emitir notas fiscais de complemento do imposto, estornando os valores do imposto no Livro de Apuração do ICMS é indevido.

Os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal converteram o presente processo em diligência para

que o autuado:

1 – apresentasse cópia das notas fiscais de aquisição das mercadorias junto aos fornecedores, identificadas nos documentos fiscais de saída emitidas pelo autuado com os códigos 8016951, 8016952, 8016953, 8016955 e 8016956, que serviram de referência para a emissão das notas fiscais de complemento, conforme cópias das fls. 11 a 90, ocorrida nos períodos de apuração objeto do auto de infração;

2 – apresentasse memória de cálculo e comprovantes de recolhimento do imposto pago por antecipação tributária referente às aquisições de que trata o item 1.

Alegando dificuldades decorrentes da pandemia da COVID, o autuado disse que não conseguiu efetuar o levantamento dos documentos e requereu mais 30 dias para que pudesse cumprir a diligência.

Presente à sessão de julgamento o patrono do autuado, o Advogado Carlos Alberto Cinelli Júnior, OAB/SP 336.631.

## VOTO

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.

O valor exigido neste auto de infração, corresponde a estornos de débito de ICMS que foram lançados em documentos fiscais, para complementação do imposto referente a operações anteriormente realizadas. O autuado afirma que o estorno de débito foi realizado com base no § 1º do art. 292 do RICMS. O referido dispositivo regulamentar assim dispõe:

*Art. 292. O contribuinte substituído, na operação subsequente que realizar com mercadoria recebida com imposto retido ou antecipado, emitirá documento fiscal, sem destaque do imposto, que conterá, além dos demais requisitos exigidos, a seguinte declaração, ainda que por meio de carimbo: "ICMS pago por substituição tributária" (Ajuste SINIEF 4/93).*

*§ 1º Nas saídas, para este Estado, de mercadorias que já tiverem sido objeto de antecipação ou substituição tributária, o documento fiscal poderá conter o destaque do imposto, para aproveitamento como crédito fiscal pelo destinatário, nas hipóteses a seguir indicadas, não podendo o destaque do imposto ter base de cálculo superior à adotada para apuração do tributo efetivamente antecipado, quando conhecida pelo emitente do documento fiscal, ou valor superior ao preço de mercado das mercadorias, quando a base de cálculo do valor antecipado não for por ele conhecida, observada, em qualquer caso, a alíquota aplicável, devendo o remetente estornar o débito correspondente, no final do mês, no item "008 - Estornos de Débitos" do Registro de Apuração do ICMS:*

*I - mercadorias destinadas a outro estabelecimento para emprego como matériaprima, produto intermediário ou material de embalagem na industrialização de produtos tributados, bem como para aplicação ou emprego na viabilização ou desempenho da atividade comercial, da extração, da geração ou da prestação, sendo estas tributadas;*

*II - mercadorias destinadas a estabelecimento de produtor rural ou extrator inscrito no CAD-ICMS na condição normal, para utilização como insumo;*

*III - mercadorias destinadas a fornecedores de refeições, restaurantes, cantinas, bares, hotéis, motéis, pousadas e similares, para emprego no preparo de refeições ou de produtos alimentícios sujeitos a tributação;*

*IV - mercadorias destinadas a supermercados, para emprego no preparo ou confecção de produtos sujeitos à tributação;*

*V - combustíveis, lubrificantes e outras mercadorias destinadas a empresas de transporte, para emprego em prestações de serviços tributadas pelo ICMS, observada a ressalva constante no inciso III do caput do art. 270;*

*VI - mercadorias ou serviços adquiridos por contribuinte para o ativo imobilizado.*

O autuante justificou a autuação, no fato de que as mercadorias haviam sido transferidas de estabelecimento fabricante da mesma empresa, localizado no Estado do Rio de Janeiro, e que, portanto, a responsabilidade pelo pagamento do imposto seria do autuado na operação interna

subsequente.

De fato, com base no inciso I do § 8º do art. 8º da Lei nº 7.014/96, não deve ser feita a retenção ou antecipação do imposto na transferência de mercadoria de estabelecimento industrial, localizado nesta ou em outra Unidade da Federação, com destino a estabelecimento filial atacadista da mesma empresa, situado neste Estado, ficando o destinatário responsável pela retenção do imposto referente às operações internas subsequentes. Ou seja, o débito fiscal na operação subsequente era obrigação do autuado, ainda que tivesse recebido as mercadorias, objeto da autuação, com o imposto retido por antecipação tributária.

Intimado para apresentar as notas fiscais de aquisição das mercadorias, objeto da autuação, em cumprimento à diligência requerida pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal, o autuado alegou dificuldades decorrentes da pandemia da COVID, e nem sequer apresentou cópia, mesmo por amostragem, dos referidos documentos, onde poderia comprovar que as mercadorias não foram transferidas pelo estabelecimento fabricante do qual o autuado é filial atacadista.

Porém, na sessão de julgamento, o patrono do autuado alegou que deu entrada em manifestação com atendimento da diligência requerida e apresentação de notas fiscais de aquisição das mercadorias junto a outras empresas. Atendendo ao pedido dos julgadores, o patrono do autuado remeteu por e-mail o teor da manifestação, junto com todos os documentos que foram anexados.

Da análise dos documentos trazidos, que foram anexados aos autos, constatei que as notas fiscais de aquisição, referem-se a meses imediatamente anteriores aos compreendidos neste auto de infração, não conseguindo comprovar que as mercadorias comercializadas foram exclusivamente recebidas em aquisições, junto a outras empresas. Mesmo que houvesse alguma quantidade em estoque dessas mercadorias recebidas de terceiros no primeiro mês do período, objeto do presente auto de infração, a existência de mercadorias da mesma espécie recebida em transferência obrigava o autuado a realizar nova retenção do imposto, nas saídas internas destinadas a contribuinte do imposto.

Assim, fica indeferido o pedido de prorrogação do prazo estabelecido na diligência fiscal, em razão do autuado ter apresentado manifestação com apresentação de documentos fiscais, mas não conseguindo trazer qualquer indício de que as mercadorias comercializadas foram recebidas de outras empresas, no mesmo período da autuação, ou qualquer outro elemento que pudesse confirmar que as operações de saída deveriam ocorrer sem tributação.

Portanto, diante de todo o exposto, ficou evidenciado que o autuado era o responsável em efetuar a tributação do ICMS sobre as saídas subsequentes que realizou, e o lançamento do ICMS no documento fiscal de complementação do imposto jamais poderia ter sido objeto de estorno nos termos do § 1º do art. 292 do RICMS.

Desse modo, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

**ACORDAM** os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **293872.0007/19-0**, lavrado contra **ARCELORMITTAL SUL FLUMINENSE S. A.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento de ICMS no valor de **R\$344.597,38**, previsto na alínea “f” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais previstos na Lei nº 3.956/81

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 27 de abril de 2021

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – RELATOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR