

A. I. Nº. - 293872.0005/19-7
AUTUADO - ARCELLORMITTAL SUL FLUMINENSE S/A
AUTUANTE - MARCO AURÉLIO ANDRADE SOUZA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 26.08.2021

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0304-06/21VD

EMENTA: ICMS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS TIDAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. SAÍDAS DE VERGALHÕES. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Caso quisesse comprovar a inexistência – em razão de eventual encerramento da fase de tributação - o autuado precisaria demonstrar que todas as entradas dos vergalhões posteriormente vendidos tiveram o imposto antecipadamente recolhido, ou trazer aos autos a correlação entre as entradas, cujo tributo disse ter recolhido por antecipação, e as saídas autuadas, o que não aconteceu. Rejeitada a preliminar de invalidade. Indeferido o pedido de realização de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração, lavrado no dia 11/12/2019 para exigir ICMS no valor histórico de R\$ 3.971.229,27, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei 7.014/96, sob a acusação de falta de recolhimento, em razão da prática de operações tributáveis como não tributáveis (01/2016 a 06/2018).

Consta que o contribuinte é substituto tributário neste Estado, o qual exerce a atividade econômica de comércio atacadista de ferragens e ferramentas, como unidade de distribuição da sociedade empresária Votorantim Siderurgia S/A, localizada no Rio de Janeiro.

Segundo o auditor, a legislação atribui ao autuado a condição de sujeito passivo por substituição “nas saídas das mercadorias com destino a empresa diversa, conforme determina a cláusula quinta do Convênio ICMS 81/93”.

Apesar do acima exposto, o gravame sob exigência não é o ICMS-ST (SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA) incidente nas operações de entrada, mas sim o imposto chamado “normal”, decorrente das saídas de mercadorias que, embora sujeitas ao regime da ST, são decorrentes de entradas originárias de Estado que não possui acordo com a Bahia.

O sujeito passivo ingressa com impugnação às fls. 166 a 188, por intermédio de ARCELORMITTAL BRASIL S/A, sua sucessora.

Inicialmente, informa que tinha como atividades primária o comércio atacadista de ferragens e ferramentas (CNAE 25.99-3-01) e secundária a confecção de armações metálicas para construção (CNAE 25.99-3-01).

Informa que, uma vez cientificado do lançamento, iniciou um rigoroso levantamento de informações e documentos – tendo constatado que as mercadorias fiscalizadas foram vergalhões, telas soldadas e arame recozido.

Não obstante discordar veementemente do procedimento que deu causa à exigência, reconhece como procedente a cifra de R\$ 9.937,28, conforme a planilha de fl. 169, relativa às operações com telas soldadas e arame recozido.

Discorda da parcela da cobrança referente aos vergalhões e suscita preliminar de invalidade, por suposta violação aos princípios da verdade material, motivação e ampla defesa. Segundo alega, o resultado externado pelo Fisco não corresponde à realidade dos fatos, que poderia ter sido corretamente extraída das informações que prestou durante a fase inquisitória.

A acusação fiscal se deve, em grande monta, ao fato de a autoridade fiscalizadora não ter examinado exaustivamente a integralidade dos documentos, disponibilizados no curso das atividades de investigação.

Além disso, a seu ver, o ato administrativo carece de fundamento de direito, porquanto respaldado em normas meramente genéricas, referentes à disciplina da regra temporal de recolhimento.

No mérito, diz ter recolhido o ICMS-ST - nos moldes previstos no art. 332, § 2º do RICMS/12, reproduzido à fl. 175. Trata-se de entradas de vergalhões do Estado do Mato Grosso do Sul, unidade da Federação que não possui acordo com o Estado da Bahia (NCM/SH 7214.2, item 8.42 do Anexo 01 do RICMS/12).

Por isso, se valeu do sobredito dispositivo regulamentar (art. 332, § 2º do RICMS/12) para recolhimento do tributo por antecipação, o que pode ser constatado nos documentos 04 a 06, anexados à impugnação.

Não obstante entender que o exposto acima é suficiente para elidir a imputação, ressalta que o lançamento fiscal ora rechaçado foi formalizado sem a necessária observância à natureza das operações. O autuante teria deixado de notar que, dentre as transações autuadas, havia algumas de entradas de mercadorias para utilização no processo industrial do destinatário, o que faz incidir o comando do art. 8º, § 8º, III da Lei 7.014/96 (transcrito às fls. 181/182).

Afirma que a multa tem natureza de confisco, motivo pelo qual pede readequação, pugna pela produção de provas, inclusive diligência ou perícia, e encerra requerendo o acolhimento das razões defensivas.

Na informação fiscal, de fls. 205 a 207, o autuante assinala que o Auto de Infração está revestido de todas as formalidades de praxe, pelo que não concorda com a preliminar de nulidade. A descrição dos fatos, o enquadramento e os demonstrativos permitem o conhecimento da acusação e o exercício do direito de defesa.

No mérito, sustenta que, apesar do fato de a unidade federativa de origem (MS) não possuir acordo interestadual com a Bahia, a cláusula quinta do Convênio ICMS 81/93, que estabelece as regras gerais para o regime da substituição tributária, dispõe, nos incisos I e II, c/c art. 8º, II, § 8º da Lei do ICMS/BA (nº 7.014/96), que tal regime não se aplica nas operações que destinem mercadorias a sujeito passivo das mesmas mercadorias e nas transferências para outro estabelecimento, exceto varejista, do sujeito passivo por substituição, hipótese em que a responsabilidade pela retenção e recolhimento recairá sobre o estabelecimento que *“promover a saída da mercadoria com destino a empresa diversa”*.

Ademais, o art. 291 do RICMS/BA estatui que, na hipótese de o sujeito passivo por substituição adquirir de terceiro uma mesma espécie de mercadoria com o imposto retido, para que se dê ao seu estoque e às suas operações tratamento fiscal uniforme, deverá utilizar como crédito tanto o imposto da operação própria como o retido, obrigando-se a efetuar a retenção na operação interna subsequente.

No seu entendimento, também não procede a alegação de desobrigação de retenção em virtude de as mercadorias terem sido adquiridas para industrialização, pois a exigência decorre da falta de tributação do imposto normal, de responsabilidade própria, em razão da prática de operações tributáveis como não tributáveis (saídas), e não da falta de retenção do ICMS-ST nas entradas.

Mantém a autuação.

Conforme o documento de fl. 210 (Termo de Instrução), no dia 25/05/2020 este relator entendeu que os autos estavam prontos para julgamento e os devolveu à Secretaria do Conselho para os devidos encaminhamentos.

Entretanto, tendo em vista a proposição da maioria dos componentes da 5ª JJF (Junta de Julgamento Fiscal), na data de 30/06/2020 o PAF (Processo Administrativo Fiscal) foi convertido em diligência ao autuante e à repartição fiscal de origem, com as seguintes anotações (fls. 213/214):

“AUTUANTE

- *Verificar se há relação jurídica de sucessão empresarial ou qualquer outra entre a empresa em nome dos quais os pagamentos foram efetuados e o defendente.*
- *Caso efetivamente exista a indigitada relação, deduzir do imposto ora exigido aquele comprovadamente pago, por períodos mensais, em demonstrativo de idêntico modelo ao inicial.*

INSPETORIA

- *Intimar o autuado do resultado da diligência, com a entrega de todos os papéis de trabalho, inclusive deste, mediante recibo a ser juntado aos autos, bem como com o fornecimento do prazo legal para que, querendo, se manifeste.*
- *Caso novos elementos sejam apresentados pelo impugnante, o auditor deverá ser instado à prestação de nova informação fiscal.*
- *Terminados os trabalhos, seja o PAF encaminhado à Secretaria do Conselho, para a adoção das medidas necessárias ao julgamento”.*

Na informação fiscal de fls. 218/219, o auditor assinala que, em resposta a intimação, o autuado apresentou ata de assembleia que alterou a denominação VOTORANTIM SIDERURGIA S/A para ARCELORMITTAL SUL FLUMINENSE S/A, bem como estatuto social por meio do qual houve a incorporação da referida sociedade por ARCELORMITTAL BRASIL S/A.

Ressalta que o sujeito passivo é substituto tributário neste Estado, exercendo a atividade de comércio atacadista de ferragens e ferramentas, sendo uma unidade de distribuição de VOTORANTIM SIDERURGIA S/A, localizada no Estado do Rio de Janeiro (RJ).

Foi constatado, nos exercícios de 2016, 2017 e 2018, que o contribuinte deixou de recolher via diversas notas fiscais de saída o imposto próprio e a retenção por substituição tributária do produto VERGALHÃO, motivo pelo qual foram lançados dois Autos de infração: este, de nº 293872.0005/19-7 (imposto próprio) e o de nº 293872.0006/19-3 (ICMS por retenção; julgado procedente pela 1ª JJF (Junta de Julgamento Fiscal), por intermédio do Acórdão nº 0045-01/20).

Entende o agente fiscalizador que o impugnante deverá encaminhar pedido de restituição de indébito à Sefaz dos valores recolhidos indevidamente sob a rubrica 1145 e, mediante certificado de crédito, deduzir proporcionalmente a quantia no pagamento dos dois Autos de Infração.

O autuado se manifesta às fls. 257 a 260, nas quais pleiteia o efetivo cumprimento do quanto solicitado na diligência, bem como assinala que o Acórdão nº 0045-01/20 está sob Recurso Voluntário (em fase de diligência para apresentação de documentos).

Acrescenta que a sugestão de utilização de certificado de crédito para pagamento de Auto de Infração é absurda, pois o art. 75, III do RPAF/99 se refere ao recolhimento de débito constituído em caráter definitivo e o processo administrativo está em curso.

Às fls. 319/320, o autuante reitera as informações já prestadas.

VOTO

O presente Auto de Infração está fundamentado nos artigos 2º, I e 332 da Lei 7.014/96 c/c artigo 32, I do RICMS/12.

“Art. 2º O ICMS incide sobre:

- I - a realização de operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação,*

bebidas e outras mercadorias por bares, restaurantes, hotéis e estabelecimentos similares, incluídos os serviços prestados;

(...).

Art. 32. O imposto será recolhido junto à rede bancária autorizada, entidades públicas ou privadas conveniadas, ou ao agente arrecadador da rede própria, no local da ocorrência da operação ou prestação tributável, no prazo e formas estabelecidos pelo regulamento ou convênio firmado.

Art. 332. O recolhimento do ICMS será feito:

I - até o dia 9 do mês subsequente:

(...)".

Nota-se, inclusive no levantamento de fl. 11, entregue ao defendente (fls. 96 a 108), que se está a tratar do imposto normal, a ser recolhido até o dia 09 do mês subsequente à escrituração das operações respectivas, e não do ICMS-ST incidente nas aquisições, que o mesmo afirmou categoricamente ter recolhido no prazo estabelecido na legislação (até o dia 25 do período subsequente, fls. 175 e 178).

Destituídos de amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento de fiscalização e lançamento, pois o auditor expôs com clareza e correção a fundamentação de fato e de direito, descreveu a irregularidade, indicando os documentos e demonstrativos, com seus dados, informações e cálculos.

Inexistente violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer outros de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal (art. 2º; RPAF/99), tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizada nos aspectos abordados na impugnação.

Rejeitada a preliminar de nulidade.

Todos os elementos necessários ao julgamento estão presentes nos autos. Indefiro o pedido de realização de diligência ou perícia, com fundamento no art. 147, I, "a" e "b" e II, "c" do RPAF/99.

"Art. 147. Deverá ser indeferido o pedido:

I - de diligência, quando:

a) o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável;

b) for destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos;

II - de perícia fiscal, quando:

a) a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos;

b) for desnecessária em vista de outras provas produzidas;

c) a verificação for impraticável".

A impraticabilidade é evidente, na medida em que a sociedade empresária já foi incorporada, não mais possuindo instalações físicas neste Estado, do que inclusive decorreu o fato de ter sido substituída processualmente por ARCELORMITTAL BRASIL S/A (incisos I, "a" e II, "c").

Não nos parece controverso que os fatos são vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos (inciso I, "b").

De acordo com o que já foi dito no Relatório supra, conforme o documento de fl. 210 (Termo de Instrução), no dia 25/05/2020 este relator entendeu que os autos estavam prontos para julgamento e os devolveu à Secretaria do Conselho para os devidos encaminhamentos.

Apenas devido à proposição da maioria dos componentes da 5ª JJF (Junta de Julgamento Fiscal), na data de 30/06/2020 o PAF (Processo Administrativo Fiscal) foi convertido em diligência ao autuante e à repartição fiscal de origem, pois o entendimento do presente julgador sempre foi o que ora se expõe.

No mérito da parcela do lançamento ainda sob controvérsia, nos termos expostos pelo autuante ao prestar a segunda informação, o sujeito passivo é substituto tributário neste Estado, exercendo a atividade de comércio atacadista de ferragens e ferramentas, sendo uma unidade de distribuição de VOTORANTIM SIDERURGIA S/A, localizada no Estado do Rio de Janeiro (RJ).

Foi constatado, nos exercícios de 2016, 2017 e 2018, que o contribuinte deixou de recolher via diversas notas fiscais de saída o imposto próprio e a retenção por substituição tributária do produto VERGALHÃO, motivo pelo qual foram lançados dois Autos de infração: este, de nº 293872.0005/19-7 (imposto próprio) e o de nº 293872.0006/19-3 (ICMS por retenção; julgado procedente pela 1ª JJF (Junta de Julgamento Fiscal), por intermédio do Acórdão nº 0045-01/20).

Como já se disse acima, a exigência decorre de operações de saída tributáveis (vergalhões), tidas como não tributáveis pelo sujeito passivo, consoante o demonstrativo de fl. 11.

Por isso não procede a alegação de desobrigação de retenção em virtude de as mercadorias terem sido adquiridas para industrialização, pois a exigência decorre da falta de tributação do imposto normal, de responsabilidade própria, nas saídas.

Concordo com a autoridade fiscal, segundo a qual:

“(…) apesar do fato de a unidade federativa de origem (MS) não possuir acordo interestadual com a Bahia, a cláusula quinta do Convênio ICMS 81/93, que estabelece as regras gerais para o regime da substituição tributária, dispõe, nos incisos I e II, c/c art. 8º, II, § 8º da Lei do ICMS/BA, que tal regime não se aplica nas operações que destinem mercadorias a sujeito passivo da mesma mercadoria e nas transferências para outro estabelecimento, exceto varejista, do sujeito passivo por substituição, hipótese em que a responsabilidade pela retenção e recolhimento recairá sobre o estabelecimento que “promover a saída da mercadoria com destino a empresa diversa””.

O defendente asseverou ter se valido do art. 332, § 2º do RICMS/12 para o recolhimento do tributo por antecipação, o que pode ser constatado nos documentos 04 a 06, anexados à impugnação.

“Art. 332. O recolhimento do ICMS será feito:

(…)

III - antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação ou do exterior, observado o disposto nos §§ 2º e 3º deste artigo:

a) enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação, relativamente ao imposto correspondente à operação ou operações subsequentes;

b) não enquadradas no regime de substituição tributária e destinadas à comercialização, relativamente à antecipação parcial do ICMS;

c) destinadas a farmácias, drogarias e casas de produtos naturais;

(…)

g) enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação prevista em convênio ou protocolo com a unidade federada de origem, quando:

1 - o contribuinte substituto não fizer a retenção do imposto ou efetuar-la em valor inferior ao estabelecido no acordo;

2 - os valores referentes ao frete ou seguro não forem conhecidos pelo sujeito passivo por substituição tributária;

(…)

§ 2º O contribuinte regularmente inscrito no Cadastro de Contribuinte do ICMS do Estado da Bahia - CAD-ICMS, que preencha cumulativamente os requisitos indicados a seguir, poderá efetuar o recolhimento do

imposto por antecipação de que tratam as alíneas “a”, “b” e “c” e o item 2 da alínea “g” do inciso III do caput deste artigo, até o dia 25 do mês subsequente ao da data de emissão do MDF-e vinculado ao documento fiscal, exceto em relação às operações de importação de combustíveis derivados de petróleo e as operações com açúcar, farinha de trigo, mistura de farinha de trigo, trigo em grãos, charque, jerked beef, enchidos (embutidos) e produtos comestíveis resultantes do abate de aves e gado bovino, bufalino, suíno, caprino e ovino:

(...)”.

Além de não ser este o imposto que se está a exigir, mas sim o normal, de responsabilidade própria, incidente nas saídas, o dispositivo no qual o contribuinte autuado, localizado neste Estado, disse ter se respaldado, estabelece requisitos para a regularidade do pagamento - antes da entrada no território do Estado da Bahia - condizentes com estabelecimentos localizados em outras unidades da Federação, que não é o caso do autuado:

I- possua estabelecimento em atividade no Estado da Bahia há mais de 06 meses e já tenha adquirido mercadoria de outra unidade da Federação; II- não possua débito inscrito em Dívida Ativa, a menos que a sua exigibilidade esteja suspensa; III- esteja adimplente com o recolhimento do ICMS; IV- esteja em dia com as obrigações acessórias e atenda regularmente as intimações fiscais.

Mesmo na hipótese de serem passíveis de admissibilidade para fins de desoneração, não é possível relacionar os ditos pagamentos com as saídas objeto da autuação, supostamente efetivados pelo impugnante.

Caso quisesse argumentar a inexigibilidade – em razão de eventual encerramento da fase de tributação -, o autuado precisaria comprovar que todas as entradas dos vergalhões posteriormente vendidos tiveram o imposto antecipadamente recolhido, ou trazer aos autos a correlação entre as entradas, cujo tributo disse ter recolhido por antecipação, e as saídas autuadas, o que não aconteceu.

Ainda que isso viesse a ocorrer (a comprovação de que todas as entradas dos vergalhões posteriormente remetidos tiveram o imposto antecipadamente recolhido, ou a apresentação da correlação entre as entradas, cujo tributo disse ter recolhido por antecipação), o acolhimento da pretensão defensiva não restaria assegurada, tendo em vista a possibilidade de repetir o indébito, assim qualificado em razão das disposições do art. 8º, § 8º, incisos I e II da Lei 7.014/96.

“§ 8º Salvo disposição em contrário prevista em regulamento, não se fará a retenção ou antecipação do imposto quando a mercadoria se destinar:

I - a estabelecimento filial atacadista situado neste Estado, no caso de transferência de estabelecimento industrial ou de suas outras filiais atacadistas, localizado nesta ou em outra unidade da Federação, ficando o destinatário responsável pela retenção do imposto referente às operações internas subsequentes, hipótese em que aplicará a MVA prevista para a retenção por estabelecimento industrial;

II - a outro contribuinte ao qual a legislação atribua a condição de responsável pelo pagamento do imposto por sujeição passiva por substituição, em relação à mesma mercadoria, ficando o destinatário responsável pela retenção do imposto nas operações internas subsequentes;

(...)”.

Ressalte-se que o posicionamento ora adotado encontra respaldo nos Acórdãos JF nº 0045-01/20 e CJF nº 0142-11/18.

Nesta específica situação, o Conselho de Fazenda não possui autorização legal para reduzir ou cancelar multa, muito menos para exercer controle de constitucionalidade ou negar eficácia a norma emanada de autoridade superior (art. 167, I e III do RPAF/99).

Represente-se à autoridade competente para que homologue os valores eventualmente recolhidos.

Em face do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **293872.0005/19-7**, lavrado contra **ARCELORMITTAL SUL FLUMINENSE S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$3.971.229,27**, somado da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais. Represente-se à autoridade competente para que homologue os valores eventualmente recolhidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 10 de agosto de 2021

PAULO DANILO REIS LOPES – PRESIDENTE/RELATOR

EDUARDO DUTRA FREITAS - JULGADOR

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO – JULGADOR