

PROCESSO	- A. I. N° 269616.0031/17-0
RECORRENTE	- ARCELORMITTAL BRASIL S/A.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0039-01/20 VD
ORIGEM	- IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 10/03/2022

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0017-11/22-VD

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO, NA QUALIDADE DE SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. A Fiscalização não se desincumbiu do ônus de comprovar que as operações fiscalizadas não eram relativas à industrialização. Segundo o art. 8º, § 8º, III da Lei nº 7.014/1996, salvo disposição em contrário prevista em regulamento, não se fará a retenção ou antecipação do imposto quando a mercadoria se destinar a estabelecimento industrial, inclusive microempresa e empresa de pequeno porte, que se dedique à atividade industrial, para utilização como matéria prima, produto intermediário ou material de embalagem. De acordo com o extrato cadastral da Receita Federal do Brasil contido nos autos, o destinatário, Litoral Indústria e Comércio de Materiais de Construção Ltda., tem entre as suas atividades uma que é industrial: serviços de confecção de armações metálicas para construção. Indeferido o pedido de realização de diligência. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Auto de Infração **Procedente em Parte**. Decisão.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão proferida por intermédio do Acórdão da 1ª JJF nº 0039-01/20 VD, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração acima epografado, lavrado no dia 29/09/2017 para formalizar a constituição de crédito tributário no valor histórico total de R\$109.462,37, sob a acusação do cometimento de três irregularidades, das quais ainda permanece em lide apenas a segunda, assim designada pelo órgão da primeira instância, *in verbis*:

“Infração 02 – 08.49.01: Deixou de proceder a retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, no mês de abril de 2016, no valor de R\$13.102,69, mais multa de 60%.

“Referente a operações com mercadorias destinadas à revenda”.

Enquadramento Legal: art. 10, da Lei 7.014/96 C/C cláusulas primeira e terceira a do Convênio ICMS 104/09. Multa prevista no art. 42, II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96.

A Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia de 19/05/2020 e decidiu pela Procedência Parcial por unanimidade (fls. 152 a 159), nos termos a seguir reproduzidos.

“VOTO

Inicialmente, apesar de não ter sido arguida questão específica de nulidade, verifico que o presente lançamento foi efetuado de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e a multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, sendo o imposto e suas bases 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.

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.

No mérito, trata o presente processo de lançamento fiscal de crédito tributário para exigir o ICMS relativo ao cometimento de três infrações, já descritas nos autos.

No que diz respeito à infração 01, foi de imediato reconhecida pelo autuado, que inclusive efetuou o recolhimento, conforme comprovante às fls. 85/86, não havendo mais lide quanto à mesma.

Quanto à infração 02, o autuado afirmou que não cabe a exigência do ICMS ST, alegando se referir à venda de mercadorias (material de construção - barras de ferro), para consumo no processo de industrialização dos seus clientes.

Verifico que de acordo com as informações constantes do cadastro da SEFAZ-BA (fl. 104), as atividades constantes do destinatário (LITORAL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA), são as seguintes: CNAE 4679699 – “estabelecimento atacadista de materiais de construção em geral” - atividade principal; CNAE 4672900 – “Comercio atacadista de ferragens e ferramentas”; CNAE 4674500 – “Comercio Atacadista de Cimento” e CNAE 2599301 – “Serviços de confecção de armações metálicas para a construção” – atividades secundárias.

Não resta dúvida que o último CNAE secundário, refere-se a uma atividade industrial. Todavia, também através do cadastro do mesmo na SEFAZ, se constata que se trata de uma microempresa varejista, que não presta nenhuma informação como obrigação acessória que demonstre que exerce a referida atividade industrial.

Ademais, as operações questionadas ocorreram apenas no mês de abril/2016, relativas a três notas fiscais (518893, 518891 e 518892), e sendo a empresa mencionada eminentemente varejista, fica evidenciado que as mercadorias foram para comercialização, cabendo, portanto, a exigência do ICMS ST em questão.

No que tange à infração 03, o autuado reclamou dos cálculos efetuados pelos autuantes, dizendo que houve equívoco no cálculo da margem de valor agregado ajustada – MVA ajustada, aplicada sobre o valor da operação interestadual, pois foi desconsiderado o benefício fiscal previsto no Convênio ICMS 33/96, ou seja, que o imposto deve incidir nas operações subsequentes com as mercadorias remetidas sobre uma base de cálculo reduzida, correspondente à aplicação de uma alíquota interna de 12%, e não 17%.

Entretanto, reconheceu que remanesceu na infração um valor devido no montante de R\$20.667,82, efetuando o recolhimento realizado sob a égide dos descontos previstos pelos artigos 45 e 45-B da Lei nº 7.014/96, conforme comprovante às fls. 134/135, e extrato do SIGAT às fls. 145/146.

Os autuantes, por sua vez, após duas retificações, reduziram o valor da infração em análise, concordando com o valor reconhecido pelo sujeito passivo.

Da análise das planilhas à fl. 123 (média), considero correta a redução efetuada, pelo que a infração 03 resta parcialmente caracterizada.

Deve ainda ser ressaltado, que não pode ser acatada a tese da defendente de que as multas possuiriam caráter confiscatório, diante do percentual aplicado, uma vez que as mesmas estão definidas em lei (art. 42, II, "a" e "e" da Lei nº 7.014/96), e discussão de questões relativas à constitucionalidade de normas, foge, por determinação legal, à competência deste órgão julgador, à vista do artigo 167, I do RPAF/99, razão pela qual não adentrarei em tal discussão.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, de acordo com os demonstrativos abaixo, devendo ser homologados os valores que já foram recolhidos".

[Planilhas de fls. 158/159].

Com respaldo no art. 169, I, "b" do RPAF-BA/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia, Decreto nº 7.629/1999), o sujeito passivo interpõe Recurso Voluntário às fls. 168 a 177, no qual reitera o reconhecimento e o pagamento dos valores totais atinentes à infração nº 01 e parcial relativo à infração nº 02 [infração nº 03]. No tocante à infração nº 03, o autuante prestou informação fiscal acatando as alegações defensivas, o que diminuiu o valor respectivo para o reconhecido e recolhido (fl. 170), conforme as planilhas de fls. 158/159.

Quanto à infração nº 02, fundamentada nas ocorrências consubstanciadas em três notas fiscais, argumenta que as aquisições tiveram como objetivo o consumo no processo de industrialização

do adquirente, o que afirma com fulcro no art. 8º, § 8º, III da Lei nº 7.014/1996.

Exemplifica com a Nota Fiscal nº 518.893, que destinou barras e vergalhões ao seu cliente Litoral Indústria e Comércio de Materiais de Construção Ltda., para uso no processo industrial de confecção de armações metálicas de construção (fl. 171).

O mesmo se verifica nas duas outras Notas Fiscais que compuseram a imputação, de nºs 518.891 e 518.892, referentes ao mesmo cliente, cujo CNPJ é o de nº 12.460.757/0001-47, que tem entre as suas atividades serviços de confecção de armações metálicas para construção, de acordo com o extrato cadastral da Receita Federal do Brasil de fl. 172.

Mencionando doutrina, conclui que tudo isso evidencia a insubsistência do lançamento tributário levado a efeito contra si. Tem como frágil o fundamento de decidir com base no simples fato de Litoral Indústria e Comércio de Materiais de Construção Ltda. não prestar nenhuma informação a título de obrigação acessória que demonstre exercer a referida atividade industrial, motivo pelo qual requer a realização de diligência (na forma de ofício à referida sociedade empresária).

Argumenta que a multa não há de prevalecer, devido ao seu caráter confiscatório, razão por que pede redução ou cancelamento, e encerra pleiteando o acolhimento das razões recursais.

VOTO

Todos os elementos necessários à formação da convicção dos membros deste órgão estão presentes nos autos. Indefiro o pedido de realização de diligência, com fundamento no art. 147, I, “a” do RPAF-BA/1999.

É preciso que se tenha em mente que a Administração Pública é regida pelos princípios da eficiência e da verdade material. Não é eficiente obstar a constituição de um crédito tributário muito maior, por meio de diligência, que não é gratuita, para que se verifique a procedência da acusação contida na imputação nº 02, cujas devidas demonstrações de inexistência de linha produtiva não foram carreadas aos autos no tempo adequado. Trata-se de ocorrências de abril de 2016 (fls. 01e 09), em relação às quais, em eventual diligência, as provas de que não são referentes à industrialização, ou de que são, dependerão muito mais do depoimento de prepostos do destinatário do que de elementos concretos, o que viola a busca pela efetiva verdade material.

A infração nº 02 imputa ao sujeito passivo a falta de retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, na cifra de R\$13.102,69.

Trata-se das operações designadas nas Notas Fiscais de nºs 518.891, 518.892 e 518.893 (demonstrativo de fl. 09), cujo destinatário é o contribuinte Litoral Indústria e Comércio de Materiais de Construção Ltda., CNPJ nº 12.460.757/0001-47.

Segundo o art. 8º, § 8º, III da Lei nº 7.014/1996, salvo disposição em contrário prevista em regulamento, não se fará a retenção ou antecipação do imposto quando a mercadoria se destinar a estabelecimento industrial, inclusive microempresa e empresa de pequeno porte, **que se dedique à atividade industrial**, para utilização como matéria prima, produto intermediário ou material de embalagem.

De acordo com o extrato cadastral da Receita Federal do Brasil de fl. 172, Litoral Indústria e Comércio de Materiais de Construção Ltda., CNPJ nº 12.460.757/0001-47, tem entre as suas atividades uma que é industrial: os serviços de confecção de armações metálicas para construção.

Com isso, para legitimar a infração nº 02, caberia à Fiscalização comprovar que as aquisições não se destinaram a tal fim (serviços de confecção de armações metálicas para construção), o que não ocorreu nos presentes autos.

Com a devida licença, a acusação foi mantida na Decisão recorrida com base na presunção

humana de que:

“ (...) as atividades constantes do destinatário (LITORAL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA), são as seguintes: CNAE 4679699 – “estabelecimento atacadista de materiais de construção em geral” - atividade principal; CNAE 4672900 – “Comercio atacadista de ferragens e ferramentas”; CNAE 4674500 – “Comercio Atacadista de Cimento” e CNAE 2599301 – “Serviços de confecção de armações metálicas para a construção” – atividades secundárias.

Não resta dúvida que o último CNAE secundário, refere-se a uma atividade industrial. Todavia, também através do cadastro do mesmo na SEFAZ, se constata que se trata de uma microempresa varejista, que não presta nenhuma informação como obrigação acessória que demonstre que exerce a referida atividade industrial.

Ademais, as operações questionadas ocorreram apenas no mês de abril/2016, relativas a três notas fiscais (518893, 518891 e 518892), e sendo a empresa mencionada eminentemente varejista, fica evidenciado que as mercadorias foram para comercialização, cabendo, portanto, a exigência do ICMS ST em questão.”

Não se vislumbra fundamento legal que autorize a manutenção da infração nº 02 com respaldo no raciocínio de “que se trata de uma microempresa varejista, que não presta nenhuma informação como obrigação acessória que demonstre que exerce a referida atividade industrial”, inclusive porque as microempresas estão contempladas nas exceções de que trata o art. 8º, § 8º, III da Lei nº 7.014/1996.

Também não é responsabilidade do recorrente juntar prova desconstitutiva do direito que o Estado alega ter. A este último, sim, impõe-se comprovar que as aquisições não tiveram como finalidade a utilização das mercadorias na atividade industrial, ônus do qual não se desincumbiu.

Em face do exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, com a homologação dos valores recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269616.0031/17-0**, lavrado contra **ARCELORMITTAL BRASIL S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$28.289,15**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “a” e “e” da Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 31 de janeiro de 2022.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA – REPR. DA PGE/PROFIS