

PROCESSO - A. I. N° 191828.0012/20-4
RECORRENTE - ARCELORMITTAL BRASIL S.A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4^a JJF n° 0100-04/21-VD
ORIGEM - IFEP SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET 11/05/2022

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0076-11/22-VD

EMENTA: ICMS. 1. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR. REDUÇÃO INDEVIDA. Comprovado que as operações se destinaram à clientes inscritos como comércio varejista de materiais de construção em geral. Inaplicabilidade da redução da base de cálculo na forma preconizada pelo Decreto nº 7.799/2000. Acusação subsistente. 2. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Restou caracterizada que as operações se destinaram a adquirentes inscritos que possuem como atividade principal o comércio varejista de materiais para construções. Argumentos defensivos insuficientes para elidir a acusação. O Recorrente trouxe a exceção do art. 8º, parágrafo 8º, III da Lei nº 7.014/96, em que para o estabelecimento industrial fica excepcionada retenção, por se tratar de utilização como matéria prima, produto intermediário ou embalagem. No caso, o destinatário GILMAR KOLNN EIRELI, cujo cadastro foi anexado ao Recurso, é uma metalúrgica que fabrica artefatos de cimento para uso na construção, juntamente com uma declaração do cliente à fl. 278. Todas as notas fiscais foram retiradas das infrações tendo sido o único destinatário apresentado na defesa, que comprovadamente adquire mercadorias que são vinculadas ao seu processo fabril, a partir do cadastro apresentado. Modificada a Decisão recorrida. Recurso PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, decorrente de julgamento Procedente em Primeira Instância, de lançamento de ICMS efetuado em 02/09/2020 para lançar crédito tributário no montante de R\$90.664,50, mais multas por descumprimento de obrigação principal, em decorrência de 5 infrações, mas cuja defesa se resume apenas às infrações 2 e 4.

2 – "Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. O contribuinte incorreu em erro da determinação da base de cálculo em (02) duas operações distintas, conforme pode-se constatar nas planilhas de cálculo do imposto:

1) Redução indevida da base de cálculo em 41,176% prevista no Decreto nº 7.999/00, nas operações sujeitas ao recolhimento antecipado do ICMSST, em desacordo com o previsto no Art. 4º, I, do mencionado diploma legal. Foi considerada, no que couber, a redução da base de cálculo em 33,33% (carga tributária de 12%) vinculada ao produto, nos termos do Convênio 33/96 e art. 266 do RICMS/BA.

2) Redução indevida da base de cálculo em 41,176% nas operações de vendas realizadas junto a consumidores finais pessoas físicas, em desacordo com o previsto no art. 1º do Decreto nº 7.799/2000. Foi considerada, no que couber, a redução na base de cálculo em 33,33% (carga tributária de 12%) vinculada ao produto, nos termos do Convênio 33/96 e art. 266 do RICMS/BA.

Nas planilhas relacionadas com o cálculo do imposto devido, as duas situações são facilmente identificadas na coluna N, intitulada “Red BC”:

1) Onde consta 33,33% na Coluna N, corresponde ao percentual que a Autuada poderia reduzir a base de cálculo, do cotejo entre o valor do ICMS apurado pelo contribuinte (coluna L) e o calculado pelo fisco (coluna Q), constatou-se a diferença a recolher na coluna R;

2) Onde consta 0,00 na Coluna N, corresponde às operações nas quais o contribuinte não poderia ter reduzido a base de cálculo do imposto em 41,176%, prevista no Decreto nº 7.799/00 –como de fato o fez – vinculadas às operações realizadas junto a consumidores finais pessoas físicas, em desacordo com o previsto no Art. 1º do mencionado diploma legal.

Decreto nº 7.799/2000:

Art. 1º Nas operações de saídas internas de estabelecimentos inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS (CAD-ICMS) sob os códigos de atividades econômicas constantes do Anexo Único que integra este Decreto, destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia, a base de cálculo das mercadorias relacionadas aos códigos de atividades constantes nos itens 1 a 16 do referido anexo poderá ser reduzida em 41,176% (quarenta e um inteiros e cento e setenta e seis milésimos por cento), desde que o valor global das saídas destinadas a contribuintes do ICMS corresponda, no mínimo, em cada período de apuração do imposto, aos seguintes percentuais de faturamento:

Art. 4º A redução de base de cálculo prevista no art. 1º não se aplica às operações:

I – sujeitas à substituição tributária.

Tratam-se de operações sujeitas ao recolhimento antecipado do ICMS-ST, realizadas junto a contribuintes varejistas inscritos no ramo normal de material de construção, que adquiriram mercadorias para revenda e como tal deveria ter procedido à retenção do ICMSST e não o fez, além de ter procedida a redução indevida da base de cálculo ou realizada a maior, objeto desta autuação.

No momento da venda o remetente (vendedor) não tem como identificar se o destinatário utilizará as mercadorias para consumo ou como insumo fabril, sobretudo quando se tratar de adquirentes inscritos no cadastro do ICMS como comércio varejista, como foi o caso...”

Valor lançado R\$32.547,96 mais multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

4 – ”Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, para vendas realizadas para contribuintes neste Estado.

Refere-se a diversas operações de vendas internas de mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária, sujeitas ao recolhimento antecipado do imposto, realizadas juntas a contribuintes do ICMS, com atividade econômica de comércio varejista ou atacadista de material de construção ou de ferragens em geral, cujas mercadorias foram adquiridas para revenda.

A autuada exerce a atividade principal de comércio atacadista de materiais de construção, filial de indústria, e como tal obriga-se a proceder ao recolhimento do ICMSST nas operações de saídas, no que couber. É de bom alvitre registrar que nenhuma das operações que foram objeto da autuação foi realizada junto a consumidores finais. Todas tiveram como adquirentes contribuintes inscritos, que exploram a atividade de comércio varejista ou atacadista de material de construção em geral ou de ferragens em geral.

A regra geral nas vendas pelo substituto tributário é pela retenção do ICMSST (como foi o caso), cujas mercadorias encontram-se arroladas no Anexo I do RICMS/BA. Todas as operações foram realizadas junto a contribuintes varejistas, com atividade principal de comércio varejista ou atacadista de material de construção em geral, ou de ferragens em geral, conforme se comprova mediante a apensação no processo fiscal dos extratos emitidos pelo sistema INC. No momento da venda o remetente (vendedor) não tem como identificar se o destinatário utilizará as mercadorias para uso ou consumo do estabelecimento.

Na forma do Art. 8º da Lei nº 7.014/96, são responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo proceder a retenção do imposto devido nas operações a serem realizadas pelo adquirente, neste Estado, das mercadorias constantes no Anexo I, exceto nas hipóteses de tê-las recebido já com o imposto antecipado.

Considerando que a atividade principal exercida pelos adquirentes é de comércio varejista, no momento da venda a autuada não tinha como inferir que se tratava de aquisição que não fosse para revenda. O simples fato da atividade principal exercida pelos adquirentes ser comércio varejista de material de construção e assemelhados e as operações estarem sujeitas à retenção do ICMS ST, é suficiente para respaldar a exigência fiscal, uma vez que não se sabe no momento da venda qual a destinação da mercadoria...”.

Valor lançado R\$38.906,82 mais multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “e” da Lei nº 7.014/96.

O autuado, através de seus representantes legais, ingressou com Impugnação Parcial ao lançamento, 131 a 142, cuja defesa se resume a enfrentar apenas às infrações 2 e 4 e o autuante prestou informação fiscal às fls. 220/34, quanto então o processo foi pautado para julgamento conforme voto abaixo, que decidiu pela procedência do lançamento.

VOTO

Através do Auto de Infração sob análise foram imputados ao autuado o cometimento de 05 (cinco) infrações à legislação tributária estadual, do que resultou na exigência no total de R\$90.664,50, mais multas de 60%, das quais, houve o reconhecimento pelo autuado do valor do débito relacionado às infrações 01, 03, e 05, nos valores respectivos de R\$18.072,62, R\$1,84, e R\$1.135,26, cujo pagamento respectivo fora efetuado em 23/12/2020 consoante se comprova através do extrato SIGAT de fl. 237, informando os pagamentos nos valores totais de R\$579.447 e R\$21.643,86.

Desta maneira as infrações acima, que foram pagas, ficam mantidas, restando, consequentemente, subsistentes.

Considerando que não houve qualquer questionamento em relação a aspectos formais do lançamento, que atende aos requisitos estabelecidos pelo Art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/BA, passo ao exame do mérito relacionado às infrações 02 e 05, únicos que foram impugnadas.

Assim é que, em relação à infração 02, que trata de recolhimento a menos de ICMS no valor de R\$32.547,96 em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, o autuante considerou que o autuado exerce a atividade principal de comércio atacadista especializado de materiais de construção, filial de indústria, e como tal obriga-se a proceder ao recolhimento do ICMSST nas operações de saídas que efetua, naquilo que couber tal situação.

Consta na imputação que o autuado incorreu em dois erros que motivaram a autuação, ambos relacionados a determinação do valor da base de cálculo, devidamente indicados nas planilhas de fls. 66 a 93, os quais seriam decorrentes das seguintes situações:

- 1) Redução indevida da base de cálculo em 41,176% prevista no Decreto nº 7.999/00, nas operações sujeitas ao recolhimento antecipado do ICMSST, em desacordo com o previsto no Art. 4º, I, do mencionado diploma legal. Foi considerada, no que couber, a redução da base de cálculo em 33,33% (carga tributária de 12%) vinculada ao produto, nos termos do Convênio 33/96 e art. 266 do RICMS/BA.
- 2) Redução indevida da base de cálculo em 41,176% nas operações de vendas realizadas junto a consumidores finais pessoas físicas, em desacordo com o previsto no art. 1º do Decreto nº 7.799/2000. Foi considerada, no que couber, a redução na base de cálculo em 33,33% (carga tributária de 12%) vinculada ao produto, nos termos do Convênio 33/96 e art. 266 do RICMS/BA.

Sustentou o autuante que nas planilhas relacionadas com o cálculo do imposto devido, as duas situações acima são facilmente identificadas na coluna N, intitulada “Red BC” da forma abaixo:

- 1) Onde consta 33,33% na Coluna N, corresponde ao percentual que a Autuada poderia reduzir a base de cálculo, do cotejo entre o valor do ICMS apurado pelo contribuinte (coluna L) e o calculado pelo fisco (coluna Q), constatou-se a diferença a recolher na coluna R;
- 2) Onde consta 0,00 na Coluna N, corresponde às operações nas quais o contribuinte não poderia ter reduzido a base de cálculo do imposto em 41,176%, prevista no Decreto nº 7.799/00 –como de fato o fez – vinculadas às operações realizadas junto a consumidores finais pessoas físicas, em desacordo com o previsto no Art. 1º do mencionado diploma legal.

Em sua peça impugnativa sustentou o autuado que o autuante não se atentou, em que pese algumas mercadorias por ele comercializadas – e não todas - estarem sujeitas ao regime de ICMSST, que as operações retratadas pela autuação não estavam sujeitas à sistemática em questão, razão pela qual a redução da base de cálculo torna-se plenamente legítima, acrescentando que, consoante irá demonstrar, há mercadorias que sequer estão sujeitas ao regime da substituição tributária, por terem por objeto mercadorias que não estão no Anexo I do RICMS/BA.

Nessa ótica asseverou que a situação acima é o caso dos autos na medida em que a rigor do regime jurídico aplicável às operações subsequentes às vendas que promoveu, estas se encontram evidentemente afastadas do campo de incidência do imposto, seja pelo fato das mercadorias não estarem arroladas no Anexo I do RICMS/BA, como determinante do regime da substituição, seja pela natureza dos clientes (não contribuintes), ou, ainda, pela própria inexistência de operação subsequente.

Assim é que, em relação à infração 02, está plenamente demonstrado nos autos que a exigência está relacionada a redução indevida da base de cálculo do imposto em função de a) Redução indevida da base de

cálculo em 41,176% prevista no Decreto nº 7.999/00, nas operações sujeitas ao recolhimento antecipado do ICMSST, em desacordo com o previsto no Art. 4º, I, do mencionado diploma legal em total desacordo com o previsto pelo Art. 4º, I, do mencionado diploma legal, tendo sido considerada pelo autuante, naquilo que coube, a redução da base de cálculo em 33,33% (carga tributária de 12%) vinculada ao produto, nos termos do Convênio 33/96 e art. 266 do RICMS/BA. b) e redução indevida da base de cálculo em 41,176% nas operações de vendas realizadas junto a consumidores finais pessoas físicas, em desacordo com o previsto no art. 1º do Decreto nº 7.799/2000, sendo, também, considero, naquilo que foi cabível, a redução na base de cálculo em 33,33% (carga tributária de 12%) vinculada ao produto, nos termos do Convênio 33/96 e art. 266 do RICMS/BA.

As situações acima estão plenamente demonstradas nas planilhas elaboradas pelo autuante, entregues ao autuado e de fácil assimilação, indicando, inclusive as operações onde poderiam ter sido aplicados o percentual de redução da base de cálculo em 33,33% e aquelas em que não caberia a redução.

Considerando que o autuado não enfrentou tais situações em sua defesa, enquanto que restou comprovado, através das planilhas elaboradas pelo autuante, que as operações foram realizadas para clientes/contribuintes que exercem a atividade de comércio varejista de materiais de construções, consoante fichas de dados cadastrais anexadas aos autos, inexistindo vendas para estabelecimentos industriais a título de insumo e, ainda, aquisições para uso ou consumo próprio pelo adquirente, entendo que a infração 02 é totalmente subsistente tendo em vista que o autuado se limitou a argumentações de cunho jurídico incapazes de afastar a autuação e, também, não apresentou concretamente qualquer fato ou documento que possua o condão de elidir a acusação.

Ao se reportar à infração 04, em linhas gerais, o autuado pontuou que o regime jurídico aplicável às operações subsequentes às vendas que promoveu se encontra afastado do campo da incidência do imposto, seja pelo fato das mercadorias não estarem arroladas no Anexo I do RICMS/BA, como determinante do regime da substituição, seja pela natureza dos clientes adquirentes ou, ainda, pela própria inexistência de operação subsequente.

Para efeito de comprovação e de fundamentação ao seu argumento, citou as seguintes situações que teriam ocorrido: (a) vendas para clientes alheios à sistemática de recolhimento do ICMS (pessoas físicas, pessoas jurídicas não contribuinte do imposto e consumidor final); (b) vendas para clientes pessoas jurídicas não contribuintes do imposto e/ou consumidores finais (mercadoria sujeita a ST, mas operação canal 40 é venda para consumo) e (c) vendas de mercadorias utilizadas em processo de industrialização (mercadoria sujeita à ST, mas operação canal 20 é venda para industrialização).

Da análise das questões postas acima, se confirmadas estivessem, seriam situações em que deveriam ser expurgadas da autuação as operações a ela relacionadas, mediante realização de diligência. Entretanto, nenhuma comprovação foi carreada aos autos pelo autuado que dessem respaldo ao seu argumento.

Os argumentos apresentados pelo autuado, foram rechaçados de forma objetiva e bem fundamentada pelo autuante, na medida em que as questões envolvidas na autuação se coadunam com situações fáticas, probatórias, enquanto que os argumentos defensivos foram conduzidos apenas sob o ponto de vista jurídico, eis que, as situações que careciam de comprovação fática dos argumentos, não vieram os autos, enquanto que os dados cadastrais dos adquirentes, fls. 103 a 121, atestam o acerto da autuação, razão pela qual considero também subsistente a infração 04.

De maneira que, pelo fato das infrações 02 e 04, objeto da impugnação, estarem plenamente demonstradas nos autos através de planilhas analíticas, bastantes objetivas e com muita clareza, enquanto que o autuante não carreou aos autos nenhum elemento que justificasse o encaminhamento dos autos para uma revisão no lançamento, é que, com fulcro no Art. 147, I e II do RPAF/BA, indefiro o pedido de diligência e ou de perícia fiscal formulados pelo autuado, por considerar estarem presentes nos autos todos os elementos necessários à formação do meu convencimento como julgador.

No que pertine ao argumento de efeito confiscatório na penalidade aplicada, registro que à luz do Art. 167, inciso I do RPAF/BA não compete aos órgãos julgadores administrativos a declaração de inconstitucionalidade na legislação tributária posta, enquanto que a multa de 60% deve ser mantida neste patamar em face da expressa previsão pela Lei nº 7.014/96.

Em conclusão voto pela Procedência do presente Auto de Infração, devendo ser homologados os valores comprovadamente já recolhidos.

Inconformado, o contribuinte ingressou com o presente Recurso Voluntário às fls. 295/300 conforme resumo abaixo:

Conforme é de conhecimento de V. Sas., trata-se de Auto de Infração no qual a ora Recorrente foi notificada acerca da cobrança do ICMS próprio, no exercício de 2019, em razão da utilização de redução de base de cálculo inaplicável à espécie, por supostamente se tratarem de operações

sujeitas ao regime da substituição tributária, excluída do aludido benefício fiscal pelo artigo 4º, inc. I do Decreto nº 7.799/2000. Não obstante, exige-se ainda o ICMS devido sob a sistemática da substituição tributária, no mesmo período.

A sistemática adotada pela i. auditoria fiscal partiu da análise de determinadas operações praticadas pela Recorrente, no período em questão, acabando por segregar a autuação em seis infrações, sendo que foram discutidas as infrações de nº 02 e nº 04, assim delineadas:

Infração 02: Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

O contribuinte incorreu em erro na determinação da base de cálculo em (02) duas operações distintas, conforme pode-se constatar nas planilhas de cálculo do imposto (...);

Infração 04: 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 (...);

A ora Recorrente apresentou a tempo e modo impugnação, esclarecendo em seus fundamentos que os procedimentos adotados observaram estritamente à legislação aplicável, razão pela qual, *data vénia*, não poderia prevalecer a autuação e o lançamento.

Uma vez submetida a questão à Colenda 4ª Junta de Julgamento Fiscal, esta entendeu por bem julgar Procedente o Auto de Infração, para reconhecer como devidas as infrações de nº 02 e nº 04, intimando a Recorrente para o pagamento do imposto no importe de R\$ 89.529,24 (oitenta e nove mil quinhentos e vinte e nove reais e vinte e quatro centavos), acrescido da multa de 60% e consectários legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$1.135,26 (mil cento e trinta e cinco reais e vinte e seis centavos) o que, contudo, não deve prevalecer, conforme passará a expor.

DO DIREITO:

Pois bem, em relação às referidas infrações submetidas à apreciação da 4ª JJF, em que a Recorrente sustentou a *não incidência* do ICMS-ST nas operações de venda de mercadorias para consumo no processo de industrialização dos adquirentes, de acordo com o acordão proferido pela C. 4ª Junta de Julgamento Fiscal.

Concluiu-se, portanto, que a tributação deveria recair sobre a integralidade dos valores das operações, todavia este não é o melhor entendimento acerca da matéria em questão, conforme se passará a demonstrar.

É que, por força do artigo 8º, §8º, III da Lei Estadual nº 7.014/1996, que dispõe sobre o ICMS no âmbito do Estado da Bahia, as circunstâncias em questão estão, expressamente, afastadas do regime de substituição tributária, confira-se:

Art. 8º São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados:

(...)

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

(...)

III - a estabelecimento industrial, inclusive microempresa e empresa de pequeno porte, que se dediquem à atividade industrial, para utilização como matéria-prima, produto intermediário ou material de embalagem;

Assim, percebe-se que, em razão da forma como realizado o trabalho fiscal que ensejou o lançamento, ora questionado, o mesmo acabou contrariando as regras claras que norteiam o instituto da substituição tributária, o que deve ser afastado por esse d. órgão julgador.

Ora, enquadra-se nessa situação a totalidade da *Infração 04* da presente autuação, a exemplo da operação, que tratou da remessa de mercadorias, ao cliente GILMAR A KOLLN EIRELI (Notas

Fiscais nºs 48386, 48463, 48462, 48464, 48641...), para uso no **processo industrial de confecção de armações metálicas para construção**, considerando, inclusive, que seus CNAE's principal e secundário prevê o exercício de tal atividade econômica (doc. anexo), confira-se:

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

CADASTRO NACIONAL DA PESSOA JURÍDICA

NUMERO DE INSCRIÇÃO 79.205.530/0001-26 MATRIZ	COMPROVANTE DE INSCRIÇÃO E DE SITUAÇÃO CADASTRAL	DATA DE ABERTURA 14/05/1986
NOME EMPRESARIAL GILMAR A KOLLN EIRELI		
TÍTULO DO ESTABELECIMENTO (NOME DE FANTASIA) METALURGICA MIMOSO		PORTO ME
CÓDIGO E DESCRIÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA PRINCIPAL 23.30-3-02 - Fabricação de artefatos de cimento para uso na construção		
CÓDIGO E DESCRIÇÃO DAS ATIVIDADES ECONÔMICAS SECUNDÁRIAS 25.11.0-00 - Fabricação de estruturas metálicas 25.12.8-00 - Fabricação de esquadrias de metal 25.21.7-00 - Fabricação de tanques, reservatórios metálicos e caldeiras para aquecimento central		
CÓDIGO E DESCRIÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA 230-5 - Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (de Natureza Empresária)		
LOGRADOURO R JUSCELINO KUBISTCHEK	NUMERO 5048	COMPLEMENTO SALA 02
CEP 47.850-000	BAIRRO/DISTRITO SEM DENOMINAÇÃO	MUNICÍPIO LUIS EDUARDO MAGALHAES
UF BA		
ENDERECO ELETRÔNICO LSSERVICOSBA@GMAIL.COM	TELEFONE (77) 3628-1331	

O mesmo poderia ter sido constatado, dentro das operações e das demais Notas Fiscais que se vinculam à *Infração 04*, inclusive referentes ao mesmo cliente, ao qual foi emitida mais de uma Nota Fiscal. Ademais, a declaração (doc. anexo) por ele firmada busca asseverar, justamente, a sua *real* utilização, nos termos do que compromissado e assinado pelo próprio adquirente.

Assim, considerando que o ICMS-ST não deve incidir sobre as operações de remessa de mercadorias para industrialização, não há que se falar em imposto a se recolher pelo regime da substituição, o que evidencia a insubsistência do lançamento levado a efeito contra a Impugnante.

Note-se que, mesmo tendo a Recorrida sustentado que o mero cadastro de atividades principais, por si só, não seja capaz de elucidar a *verdade dos fatos*, a exação vergastada permaneceu devida, nos termos da decisão proferida, com lastro apenas em um aspecto *puramente formal*, uma vez que a adquirente das mercadorias, segundo asseverado pela C. 4ª JJF, não presta nenhuma informação como obrigação acessória que demonstre que exerce a referida atividade industrial.

Não obstante, em que pese a Recorrente tenha requerido, em sede de impugnação, pedido de diligência, para que dessa forma, fosse possível se chegar à *verdade dos fatos*, a C. JJF entendeu por indeferir-lo. Ora, a título de exemplo, bastava a C. JJF oficiar o cliente (*também conforme requerido*), adquirente das mercadorias autuadas, para que pudesse manifestar quanto à *real aplicação/utilização dos itens adquiridos*.

Como se pode inferir da fundamentação acima, o critério de que se valeu o i. fiscal para o lançamento, sem descurar de todo o respeito que merece, pode-se dizer, no caso específico analisado, foi superficial e desatento às peculiaridades das operações envolvidas (destinação das mercadorias), sem atuar em conformidade com o *rigor imposto ao ato de lançamento pela legislação (ato vinculado)*.

Ora, se a premissa em que se baseou o lançamento é equivocada, como abriu espaço para tal interpretação a **própria decisão de primeira instância**, não há como prevalecer o lançamento, sob pena de se inverter toda a sua lógica legal, transferindo à Recorrente o ônus de comprovar que não realizou o fato gerador, sob pena de prevalecer o lançamento contra ela levada a efeito, literalmente **embasado em mera presunção, sem autorização legal**.

Nesse sentido, repisa-se, referendar o lançamento a despeito de que a adquirente “*as operações foram realizadas para clientes/contribuintes que exercem a atividade de comércio varejista de materiais de construções, consoante fichas de dados cadastrais anexadas aos autos*”, **além de sobrepor o formalismo em detrimento da verdade real**, representa franca ofensa à legalidade, mais caro e comezinho princípio do direito tributário, homenageado no art. 5º, II e art. 150, I, da CR/88 e, ainda, da moralidade/motivação, salvaguardadas no art. 37, *caput*, também da CR/88.

Portanto, em que pese represente uma exceção à regra geral e espécie de tributação de um fato que *presumivelmente* ocorrerá, **o regime jurídico aplicável e que deve ser observado para se aferir a legitimidade da tributação é aquele do substituído, o qual, se supõe, realizará a operação futura tratada como fato gerador e cuja responsabilidade pelo recolhimento devido é transferida ao substituto.**

A rigor, em suma, conforme deduzido na peça inaugural, leciona a doutrina que a substituição tributária almeja a antecipação do imposto – **e não a sua criação** –, *verbis*: “*Na substituição tributária ‘para frente’ parte-se do pressuposto de que o fato imponível ocorrerá no futuro e que, portanto, é válida a cobrança antecipada do tributo*”.

Assim é que, se inexiste o dever de recolhimento do tributo na operação *presumida* e subsequente à venda realizada pelo substituto, seja pela mesma não se enquadrar aos contornos da hipótese de incidência do imposto, seja por alguma previsão legal que expressamente afaste a tributação naquela situação (isenção, alíquota 0, etc.), por corolário lógico, inexistirá obrigação, em relação ao ICMS ST, a ser adimplida, igualmente, pelo substituto.

E este é exatamente o caso dos autos.

Com efeito, não é razoável e ofende o citado princípio da verdade material, manter o lançamento (quanto mais, *ad argumentandum* tantum, por entender insuficiente a documentação carreada nos autos) e negar à Recorrente o seu direito à diligência, **conforme autorizado pela legislação de regência (artigos 123, §3º, e 145 do Decreto Lei nº 7.629/99)**.

E, neste sentido, com amparo no sobredito princípio da verdade material, a Recorrente, sem prejuízo às alegações contidas no presente Recurso Voluntário, informa, desde já, **que irá apresentar toda documentação** obtida por sua área tributária e comercial, especialmente as declarações de utilização das mercadorias e planilha que evidencia o real uso dos materiais adquiridos, em tempo hábil, para a devida apreciação por esta C. Câmara de Julgamento Fiscal, uma vez que tais subsídios não puderam ser colacionados aos autos antes de seu julgamento pela JJF.

Conclui-se, portanto, que compete a este órgão colegiado de segunda instância reformar a Decisão recorrida, acatando a vasta argumentação trazida aos autos, com a demonstração de que as operações subsequentes não se sujeitaram à sistemática da substituição tributária, conforme já anteriormente esclarecido.

Não obstante, a *Infração 02*, consequentemente, restará afastada, à medida em que evidenciada a inaplicabilidade do regime de substituição tributária às operações praticadas pela Recorrente, o que, à luz da legislação de regência, lhe garante o direito aos benefícios de redução da base de cálculo, citados no Auto de Infração.

DO CARÁTER CONFISCATÓRIO DA MULTA:

Finalmente, com relação ao caráter confiscatório das multas aplicadas no importe de 60% da exação tida por devida (art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96), a r. Decisão recorrida se limitou a aduzir que “*...não compete aos órgãos julgadores administrativos a declaração de inconstitucionalidade na legislação tributária posta...*”.

Sucede que, o exame da constitucionalidade das leis no âmbito do *controle de legalidade* ínsito aos órgãos administrativos revisores do lançamento tributário (que é, afinal, ato administrativo), insere-se no poder de *autotutela* da administração, *vis a vis* o dever de guarda da Constituição

atribuído inclusive aos Estados, quer seja através do Poder Executivo, quer seja dos Poderes Legislativo e Judiciário.

E sob o ponto de vista da cláusula constitucional que veda o efeito confiscatório (art. 150, IV), não é de prevalecer a sobredita penalidade.

Sobre este tema, o E. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL se manifestou em várias oportunidades no sentido de que as multas na seara fiscal devem sofrer limitação quantitativa em homenagem à garantia do não confisco. E assim o fez ao apreciar casos nos quais a multa imposta era **menor ou mesmo idêntica à fixada no caso dos autos**.

DO PEDIDO:

Diante do exposto, requer a Recorrente seja recebido o presente Recurso Voluntário e, ao final, determinado o cancelamento da autuação a fim de que seja reconhecida a insubsistência do crédito tributário em referência.

Na oportunidade, requer lhe seja concedido o prazo de 15 (quinze) dias para a juntada da documentação probatória, citada ao longo da presente peça, através da disponibilização de mídia eletrônica contendo os arquivos, com amparo no princípio da verdade material.

Sucessivamente, requer-se sejam canceladas as penalidades lançadas que foram em desacordo com a garantia constitucional do não-confisco ou, ao menos, seja seu patamar reduzido, de modo a atender à regra do artigo 150, IV da Constituição.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário decorrente da manutenção de 2 infrações defendidas desde a impugnação inicial, a 02 por recolhimento a menor em decorrência de erro na determinação de base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, e a 04, pela falta de retenção do ICMS e o consequente recolhimento na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas para contribuintes realizadas neste estado.

Tanto no caso da infração 02, quanto na da infração 04, as irregularidades têm correlação com o fato das mercadorias estarem submetidas à substituição tributária junto a contribuintes varejistas inscritos no ramo de material de construção que adquiriram para revenda e como tal deveria ter procedido à retenção. O Recurso Voluntário, contudo, apresentou um destinatário em que não se aplicaria a substituição tributária.

O Recorrente trouxe a exceção do art. 8º, parágrafo 8º, III da Lei nº 7.014/96, em que para o estabelecimento industrial fica excepcionada retenção por substituição tributária, por se tratar de mercadoria para utilização como matéria prima. No caso, o destinatário GILMAR KOLNN EIRELI, cujo cadastro foi anexado ao Recurso, é uma metalúrgica que fabrica artefatos de cimento para uso na construção, juntamente com uma declaração do cliente à fl. 278.

Todas as notas fiscais foram retiradas das 2 infrações, tendo sido o único destinatário apresentado na defesa, que comprovadamente adquire mercadorias que são vinculadas ao seu processo fabril, a partir do cadastro apresentado e da declaração do adquirente. Os demonstrativos ficam então conforme abaixo expostos.

INFRAÇÃO 02 INFRAÇÃO 04

MÊS	ICMS	ICMS
jan/09	1.908,40	2.364,82
fev/09	3.001,58	4.472,21
mar/09	2.816,61	3.042,47
abr/09	1.306,78	1.692,36
mai/09	3.792,59	1.335,62
jun/09	1.668,54	2.724,93
jul/09	1.972,44	3.024,96

ago/09	1.975,45	1.426,07
set/09	1.562,06	2.346,70
out/09	1.528,90	961,87
nov/09	1.437,17	1.171,77
dez/09	3.466,67	1.191,78
TOTAL	26.437,19	25.755,56

Quanto à exorbitância das multas e a constitucionalidade alegada, foge à competência deste Conselho de Fazenda apreciar o pedido do Recorrente. Além disso, este órgão não tem competência para redução de multas.

Face ao exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário. Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE, conforme o demonstrativo abaixo:

INF	RESULTADO	VL LANÇADO	VL JULG-JJF	VL JULG-JJC	MULTA
01	PROCEDENTE	18.072,62	18.072,62	18.072,62	60%
02	PROC. EM PARTE/P.PARCIAL	32.547,96	32.547,96	26.437,19	60%
03	PROCEDENTE	1,84	1,84	1,84	60%
04	PROC. EM PARTE/P.PARCIAL	38.906,82	38.906,82	25.755,56	60%
05	PROCEDENTE	1.135,26	1.135,26	1.135,26	-----
TOTAL		90.664,50	90.664,50	71.402,47	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **191828.0012/20-4**, lavrado contra **ARCELORMITTAL BRASIL S.A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$70.267,21**, acrescido da multa de 60% com previsão no Art. 42, incisos VII “a”, II, alíneas “a” e “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$1.135,26**, prevista no inciso IX do citado dispositivo legal, com os acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados valores já recolhidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 15 de março de 2022.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - JULGADOR

EVANDRO KAPPES - REPR. DA PGE/PROFIS