

A. I. N° 298624.0019/22-4
AUTUADO ARCELORMITTAL BRASIL S/A
AUTUANTES JOSÉ MACEDO DE AGUIAR e WÁGNER RUY DE OLIVEIRA MASCARENHAS
ORIGEM DAT METRO/IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO- INTERNET – 20/12/2022

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0228-01/22-VD**

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SAÍDAS PARA 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 saídas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo ao DIFAL nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia de material usado para consumo do adquirente. A ocorrência de 31/03/2017 foi alcançada pela decadência. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 02/06/2022, exige do autuado ICMS no valor histórico de R\$ 34.537,56, mais multa de 60%, em decorrência do cometimento da seguinte infração, nos meses de março, setembro, novembro e dezembro de 2017; fevereiro a abril 2018:

Infração 01 – 008.050.001: “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”.

“Deixou de reter e consequentemente recolher o DIFAL de material usado para consumo e ou ativo do adquirente”.

Enquadramento Legal: art. 10, da Lei 7.014/96 C/C Cláusulas primeira e terceira a quinta do Protocolo ICMS 26/10. Multa Aplicada: art. 42, II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte foi notificado do Auto de Infração em 06/06/22 (DT-e à fl. 12) e ingressou com defesa administrativa em 08/08/22, peça processual que se encontra anexada às fls. 14 a 23. A Impugnação foi formalizada através de petição subscrita por seu advogado, o qual possui os devidos poderes, conforme instrumentos de procuração e substabelecimento, constantes nos Autos às fls. 90 a 94.

Em sua peça defensiva, a Impugnante inicia fazendo comentários sobre a tempestividade da impugnação. Na sequência, faz um breve resumo sobre a acusação fiscal, transcrevendo, ainda, a imputação que deu origem ao Auto de Infração, bem como os teores do respectivo enquadramento legal.

Preliminarmente argui a decadência referente aos fatos geradores ocorridos em março de 2017. Alega que o direito do Fisco Estadual de lançar qualquer valor referente aos fatos geradores de ICMS de março de 2017 foi fulminado pela decadência, nos termos do art. 150, § 4º, do CTN, que dispõe que a Fazenda Pública deverá constituir os seus créditos em, no máximo, 05 (cinco) anos, contados da ocorrência do fato gerador.

Aduz que a regra aplicável no caso é a do dispositivo acima citado, pois a Impugnante declarou e pagou ICMS-ST referente à competência de março de 2017, conforme comprova o relatório PW

SATI, referente à apuração do tributo no período (doc. 4) e a respectiva guia de pagamento (doc. 5).

Informa o pagamento da quantia de R\$ 17.750,91, dizendo que foi realizado em abril de 2017, de acordo com comprovante disponibilizado (doc. 5).

Pontua que como o ICMS é um tributo sujeito ao lançamento por homologação, o prazo decadencial para lançamento de eventuais diferenças deverá observar o disposto no art. 150, § 4º, do CTN, sempre que o contribuinte efetuar seu pagamento antecipado.

Assinala que como a lavratura do Auto de Infração se deu em 02.06.2022, apenas os fatos geradores ocorridos após 02.06.2017 poderiam ser lançados pelo Fisco.

Dessa forma, assevera que a cobrança referente à competência de março de 2017 deve ser cancelada.

Em relação às competências de setembro de 2017 a abril de 2018 alega que não consta no Auto de Infração nenhuma prova a respeito da destinação das mercadorias. Argumenta que o ônus compete à Fazenda Pública, que tem o dever de demonstrar a ocorrência dos pressupostos autorizadores do ato administrativo.

Em seguida, traz à colação ensinamentos dos doutrinadores Hugo de Brito Machado, Celso Antônio Bandeira de Mello, Raquel Cavalcanti Machado e Marco Aurélio Greco, com o intuito de demonstrar que qualquer exigência sem essa prova é nula em razão da ausência da devida fundamentação. Acrescenta que a simples alegação do fato, sem a demonstração de sua ocorrência, não tem o condão de obrigar ao contribuinte, que nessa situação, cabe ao sujeito passivo tão somente demonstrar o vício na formação do ato administrativo.

Aduz, ainda, que a ausência de fundamentação adequada para exigir o crédito tributário são violações às garantias constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, previstos no art. 5º, LV, da CF/88 a invalidar a autuação questionada.

Por outro lado, afirma que as mercadorias apontadas na autuação foram destinadas à industrialização e, que de acordo com a cláusula segunda do Protocolo ICMS 26/10, a aquisição de mercadorias cuja finalidade seja de industrialização não se sujeita ao recolhimento antecipado de ICMS por substituição tributária.

Diz que a finalidade da aquisição pode ser demonstrada pela análise do Comprovante de Inscrição e Situação Cadastral da Receita Federal da empresa adquirente (doc. 6), e que na descrição das atividades econômicas, não consta CNAE correspondente ao comércio.

Deduz que a empresa não poderia figurar como sujeito de substituição tributária e, consequentemente, o débito autuado referente às competências de setembro de 2017 a abril de 2018 não é devido.

Ao final, requer:

- a) anular o débito referente a março de 2017, em razão da configuração da decadência; e
- b) anular a cobrança referente às competências de novembro de 2017 a abril de 2018, tendo em vista a finalidade da aquisição, nos termos do inciso II da cláusula segunda do Protocolo ICMS nº 26/10.

Requer, ainda, que as intimações postais sejam feitas em nome do advogado DANIEL VILAS BOAS, inscrito na OAB/MG sob o nº 74.368, com endereço na peça defensiva.

O autuante José Macedo de Aguiar presta informação fiscal, à fl. 113, afirmando que as operações, em sua totalidade, estão dentro da Substituição Tributária, e que para dirimir qualquer dúvida, anexou os CNAEs de todas as empresas, com inscrição na Bahia (fls. 07 e 08):

- *Grupo J.Macedo — Produz bolacha • biscoitos, nesse caso a empresa compra “Vergalhões” utilizando como ativo.*

- *KJFR : Serviços de Feiras, congressos, exposições e festas, os “Vergalhões ou materiais afins são Ativados, sem sombra de dúvidas.*

Ratifica que as empresas adquirentes não revendem o produto, utiliza-os como ativo, estando o mesmo na substituição tributária, cabendo o DIFAL — NCM descrito na planilha anexa (fl. 06).

Pontua que a defesa em nenhum momento trata do mérito da autuação.

Em relação a decadência das operações de março/2017 – reproduz o art. 173, II, do CTN.

Esclarece, por fim, que, conforme descrito na Intimação, esse Auto de Infração é o refazimento do A.I. nº 298.624.0007/20-0, julgado nulo (fl.04).

Na sessão de julgamento, por videoconferência, compareceu como ouvinte o advogado Dr. Yuri Brizon Reis, OAB/MG nº 189.716.

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 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.

Ressalto, ainda, 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 Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99, pelo que passo à análise do mérito, como se segue.

O processo em lide acusa a falta de retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo ao DIFAL, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia de material usado para consumo e/ou ativo do adquirente.

O autuado suscitou, inicialmente, a decadência do débito referente a março de 2017, alegando que como a lavratura do Auto de Infração se deu em 02.06.2022, apenas os fatos geradores ocorridos após 02.06.2017 poderiam ser lançados pelo Fisco, amparando-se nas disposições do art. 150, § 4º, do CTN.

O autuante, por sua vez, discordou da decadência, entendendo que deve ser aplicado na situação, o que determina o art. 173, II, do CTN, mas abaixo transcrita, uma vez que a presente autuação é o refazimento do A.I. nº 298.624.0007/20-0, que foi julgado nulo por erro de tipificação e enquadramento legal da infração.

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado. (Grifo não original)

Dessa forma, primeiramente deve ser analisado se o motivo da nulidade da autuação anterior decorreu de um vício formal ou material.

Sobre esse aspecto, o Auditor Fiscal Raimundo Parente de Albuquerque Júnior, no seu Trabalho Acadêmico sobre Nulidades no Lançamento Tributário, explica muito bem a distinção entre vício formal e vício material. São elas:

1. O vício formal gera a nulidade relativa do ato de lançamento, ao passo que o vício material gera nulidade absoluta do ato de lançamento;

2. O vício formal manifesta-se na determinação dos pressupostos (subjetivo e procedural) do ato de

lançamento, enquanto que o vício material se manifesta na determinação dos requisitos (enunciação do fato jurídico, identificação do sujeito passivo e determinação do tributo devido) do ato de lançamento;

3. O vício formal é sanável, razão pela qual é passível de preclusão caso não seja arguido pelo interessado na primeira oportunidade, ao passo que o vício material é insanável, razão pela qual pode ser suscitado a qualquer momento, inclusive de ofício pelo próprio julgador administrativo.

Em outras palavras, os vícios formais, ao contrário dos materiais, são aqueles que não interferem na constituição do crédito tributário ou no litígio propriamente dito, ou seja, correspondem a elementos cuja ausência não impede o lançamento ou a compreensão dos fatos que baseiam as infrações imputadas. Circunscrevem-se a exigências legais para a garantia da integridade do lançamento como ato de ofício, mas não pertencem ao seu conteúdo material. É o caso da mera falta de assinatura do fiscal autuante, por exemplo.

Já o vício material diz respeito ao conteúdo do lançamento (motivo da autuação fiscal e seus valores monetários, diante do fato, das provas e do direito aplicável ao fato, base de cálculo, desconhecimento da natureza do fato). Ou seja, tem por fundamento aspectos de mérito do lançamento que implica na falta de certeza e liquidez.

Portanto, no presente caso, o vício que maculou a exigência fiscal anulada decorreu de um vício material, não se submetendo a hipótese prevista no art. 173, II, do CTN.

Voltando a questão da decadência, a PROCURADORIA ESTADUAL (PGE/PROFIS), através do Incidente de Uniformização PGE nº 2016.194710-0 firmou entendimento de que conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, § 4º, do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário (entendendo-se como tal as operações e prestações tributáveis), apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento do imposto em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas.

No caso concreto, tendo em vista que o autuado demonstrou que efetuou pagamento de ICMS-ST referente à competência de março de 2017, anexando o relatório PW SATI, relativo à apuração do tributo no período, bem como a respectiva guia de pagamento, conforme documentos anexados em sua peça defensiva (docs. 4 e 5), nos encontramos frente a lançamento de ofício corretivo dos atos de apuração e pagamento realizados pelo contribuinte.

A situação se enquadra perfeitamente na regra contida no § 4º, do art. 150 do CTN, ou seja, trata-se de hipótese de lançamento por homologação que somente ocorre nos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de “antecipar” o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, sujeitando-se a posterior homologação, expressa ou tácita, por aquela autoridade.

Nessa situação a contagem do prazo decadencial tem início a partir da data de ocorrência dos correspondentes fatos geradores.

Considerando que o ato de lançamento formalizado através do A.I., se tornou perfeito e acabado com a ciência do contribuinte verificada em 06/06/2022, os fatos geradores anteriores 06/06/2017, foram atingidos pela decadência, de forma que os créditos tributários reclamados na data de 31/03/2017, efetivamente estão extintos, assistindo razão ao autuado e incidindo a regra do art. 156, inc. V, do CTN.

O autuado alegou que para as demais ocorrências (setembro/2017 a abril/2018) não consta no Auto de Infração nenhuma prova a respeito da destinação das mercadorias. Afirmou que as mercadorias apontadas na autuação foram destinadas à industrialização e, que de acordo com a cláusula segunda do Protocolo ICMS 26/10, a aquisição de mercadorias cuja finalidade seja de industrialização não se sujeita ao recolhimento antecipado de ICMS por substituição tributária.

Entretanto, da análise dos demonstrativos que amparam a autuação, não restou constatada a existência de mercadoria que indique a situação mencionada pelo impugnante.

Pelo contrário, de acordo com as informações constantes do cadastro da SEFAZ, as atividades dos destinatários são as seguintes:

- J. Macedo S.A. - produz bolachas e biscoitos;
- KJFR Serviços e Eventos Ltda – ME - serviços de feiras, congressos, exposições e festas.

Destarte, as mercadorias em comento, ou seja, vergalhões, trefilados e materiais afins, caracterizam-se efetivamente como produtos a serem consumidos pelos destinatários.

Ademais, o autuado não apresentou nenhuma prova de sua argumentação, e pelo que dispõe o art. 142, do RPAF/99, a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Do exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA EM PARTE** do Auto de Infração, tendo em vista a exclusão da exigência de 31/03/2017, que foi alcançada pela decadência.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298624.0019/22-4**, lavrado contra **ARCELORMITTAL BRASIL S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 29.622,60**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 24 de novembro de 2022.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÉA – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR