

A. I. Nº - 191828.0009/20-3
AUTUADO - ARCELORMITAL BRASIL S.A.
AUTUANTE - HERMENEGILDO MAGALHÃES FRAGA
ORIGEM - DAT SUL / IFEP
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 07/11/2022

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0228-04/22-VD

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SUJEITO PASSIVO. OPERAÇÕES INTERNAS SUBSEQUENTES DESTINADAS A COMERCIANTES VAREJISTAS. MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO. Excluídas da autuação operações que restaram caracterizadas como destinadas a consumo próprio do adquirente e a utilização como insumos em processo de industrialização. Não acolhidas as arguições de nulidade. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Auto de Infração expedido em 15/07/2020 para exigir crédito tributário no montante de R\$ 221.882,85 em face da seguinte acusação: *“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”*.

Consta, a título de Descrição dos fatos: *“Refere-se a diversas operações de vendas internas de mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária sujeitas ao recolhimento antecipado do imposto, realizadas junto 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 especializado de materiais de construção, filial de indústria, e como tal obriga-se a proceder ao recolhimento do ICMS ST 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 ICMS ST (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 ao 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 consumo ou como insumo no processo fabril.

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 pelos adquirentes, assim como do imposto relativo aos serviços prestados, o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias constantes do Anexo I da citada Lei, exceto na hipótese 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.

Tudo conforme demonstrado nas planilhas que integram este processo fiscal, cujas cópias serão entregues à Autuada por ocasião da ciência da lavratura deste Auto de Infração”.

O autuado ingressou com Impugnação ao lançamento, fls. 135 a 149, ressaltando a tempestividade da peça defensiva e, após efetuar um breve relato dos fatos, passou a arguir, em preliminar, a nulidade do Auto de Infração sob a alegação de existência de vícios insanáveis.

Citou que o ato administrativo, especialmente quando impositivo de sanções e gravames

patrimoniais aos administrados, deve se fazer acompanhar de motivação exaustiva acerca dos fatos e fundamentos jurídicos que abonaram sua edição.

Mencionou que, no caso concreto, foi autuado pela suposta prática de circulação de mercadorias sem o devido pagamento do ICMS-ST na condição de responsável tributário, enquanto que na capitulação legal da infração, a fiscalização invocou o artigo 8º, inciso II, da Lei 7.014/96 c/c art. 289 do RICMS/BA, transcritos, sendo que, além desses dispositivos que lastreiam a acusação fiscal, no que respeita à atribuição de responsabilidade tributária, a fiscalização nada trouxe aos autos, sem nem mesmo indicar o motivo pelo qual foi arrolado no polo passivo da cobrança, o que implica não apenas na falta com os requisitos do artigo 39 do RPAF/BA, (Decreto nº 7.629/99), como também em seu prejuízo no conhecimento e avaliação dos motivos do ato impugnado – causa de sua nulidade, *ex vi* do artigo 18, IV, “a” do citado RPAF.

Pontuou que, conquanto a fiscalização estadual exija o pagamento de ICMS-ST, o relatório da autuação e o enquadramento legal da infração não indicam os respectivos fundamentos que supostamente ensejam sua responsabilização tributária, o que prejudica a segura definição da natureza da infração, bem como a ampla defesa. A este respeito disse que não é demais se reportar ao art. 2º do citado Regulamento, que aponta a observância às garantias processuais do contribuinte como requisito de validade do processo tributário administrativo, afirmando que não se pode pretender sustentar, do ponto de vista jurídico, uma exigência tributária sem que se indique na peça fiscal, de maneira clara, precisa e inequívoca, os fatos e fundamentos jurídicos que autorizam ou exigem a prática do ato de lançamento, citando doutrina a este respeito.

Repetiu que, *“no caso, a fiscalização exige da empresa o pagamento de ICMS-ST, mas não indica qual o fundamento da responsabilidade tributária da autuada, uma vez que as operações fiscalizadas envolveram quase que em sua totalidade saídas de mercadorias para consumidores finais ou com fins de industrialização, havendo ainda mercadorias que sequer se sujeitavam à sistemática da substituição tributária, de acordo com a legislação baiana”*, enfatizando que o vício de motivação prejudica sobremaneira as possibilidades de defesa, não se podendo defender de acusação fiscal que não se pode compreender, sendo flagrante o prejuízo.

Concluiu a preliminar sustentando que em vista da existência no auto de infração de omissão prejudicial à segura determinação da natureza da responsabilidade tributária que lhe foi atribuída, requer seja declarada a nulidade do auto de infração, nos exatos termos dos artigos 18 e 39 do RPAF/BA.

Ao ingressar no mérito da autuação, passou a suscitar a insubsistência da exigência fiscal e a inaplicabilidade da sistemática da substituição tributária da presente acusação fiscal.

Disse que a fiscalização tributária alega que teria deixado de proceder à retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas de telhas, treliças, vergalhões, arames, eletrodos, pregos, colunas, entre outros, realizadas para contribuintes localizados neste Estado, enquanto que as operações questionadas foram arroladas em demonstrativo anexado ao auto de infração, denominado “substituição tributária sem retenção”.

Sustentou que a acusação fiscal peca por ignorar diversos elementos que afastam qualquer tipo de desrespeito à legislação estadual, enquanto que cumpriu fielmente o RICMS/BA, e os equívocos cometidos pela fiscalização ocorreram em razão de não ter se atentado para as diversas particularidades que envolvem as operações questionadas.

No tópico intitulado *“Da impossibilidade de descrição genérica das mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária em decorrência do princípio da legalidade. Necessidade lógica da dupla identidade NCM x descrição. A ausência de sujeição das mercadorias à sistemática do ICMS-ST no Estado da Bahia”*, pontuou que dentre os diversos equívocos cometidos pela fiscalização na composição do crédito tributário que aqui se discute, está a adoção do entendimento no sentido de que os itens tenha (NCM 7308.90.90), treliça (NCM 7308.40.00), vergalhões (NCM 7214.20.00), arames (NCM 7313.00.00 e 7217.20.90), eletrodos (8311.00.00), pregos

(NCM 7317.00.90) e colunas (NCM 7308.40.00), estariam sujeitos à substituição tributária, por constarem no Anexo I, da Lei 7.014/96.

Ressaltou que no Direito Tributário brasileiro, seja nas regras secundárias atributivas de responsabilidade tributária, seja nas primárias descritivas dos aspectos da hipótese de incidência, vigora a exigência de conceituação determinada e fechada, pelo que a lei deve descrever em todas as suas notas distintivas os fatos que, uma vez ocorridos na realidade, são hábeis a desencadear a incidência da norma de tributação, sendo inadmitido infiltrar no campo de incidência tributária elementos não previstos na situação definida em lei como necessária e suficiente à ocorrência do fato gerador, a que alude o art. 114 do CTN, dado que dá analogia pela via interpretativa jamais pode decorrer tributo, cuja exigência é dependente de lei própria, típica e exauriente, citando e transcrevendo doutrina a este respeito.

Arrematou que consumado o fato previsto na hipótese legal (hipótese de incidência), o mandamento da norma, que era abstrato e virtual, torna-se atuante e incide, instaurando relações jurídicas (direitos e deveres). A incidência, em Direito Tributário, é para imputar a determinadas pessoas o dever de carrear somas de dinheiro ao erário estatal, a título de tributo.

Pontuou que o Convênio ICMS nº ICMS 81/1993, em sua Cláusula segunda, reforça a necessidade da definição das mercadorias sujeitas ao ICMS-ST nos convênios e protocolos celebrados entre os Estados e o Distrito Federal, afirmando que a conclusão é de que as mercadorias devem ser identificadas pelos Convênios e Protocolos autorizativos da instituição de hipóteses de responsabilidade tributária por substituição, de forma clara e objetiva, permitindo a concretização dos ideais de previsibilidade, determinabilidade e de mensurabilidade, consagrados pela Constituição, para o exercício das atividades do contribuinte, ao tempo em que, para o caso dos autos, importa a análise do Anexo I, do RICMS/BA, que, na indicação das mercadorias sujeitas à substituição tributária no ICMS, apresenta diversos códigos NCM's, acompanhados apenas da descrição de traços característicos (definição pelo gênero e pela diferença), relacionados à funcionalidade dos produtos ali abrangidos.

Sustentou que, ao seu sentir, o princípio da legalidade material exige que as mercadorias sujeitas à substituição tributária devam ser taxativamente enumeradas no texto da lei (*definição enumerativa*), não obstante a prática adotada por alguns estados da Federação, enquanto que as leis, em virtude de suas generalidades e abstração, não trazem de antemão os resultados do processo aplicativo, mas devem indicar exaustivamente os parâmetros ou padrões em razão dos quais eles serão alcançados, enquanto que, no caso da legislação baiana, o legislador descreveu as mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária por meio de uma abstração generalizante, com a indicação conceitual dos elementos a serem identificados pelo aplicador nos fatos da vida (situação-tipo) a fim de desencadear a incidência da regra atributiva de responsabilidade tributária, com a modificação do aspecto subjetivo no antecedente normativo da regra primária de tributação, portanto, a sistemática instituída de forma genérica, sem precisar exaustivamente os elementos integrantes da norma jurídica, acaba por ferir de morte o princípio da legalidade, em razão da necessidade de utilização de definições enumerativas na indicação das mercadorias sujeitas a regimes de substituição tributária. Desta maneira, considera ilegítima a utilização de abstrações generalizantes na conceituação das hipóteses de incidência das regras atributivas de responsabilidade, acrescentando que, além do exposto, a simples indicação do código NCM/SH, isoladamente e de forma genérica, não é suficiente para configurar a sujeição de uma mercadoria ao regime de substituição tributária, exigindo-se, para tanto, a dupla identificação entre o código NCM/SH e a descrição do produto constante do texto legal.

Discorreu acerca da classificação das mercadorias na NCM – Nomenclatura Comum do Mercosul, que tem por base o Sistema Harmonizado de Designação e de Codificação de Mercadorias – SH, que, por sua vez, é um método internacional de classificação de mercadorias, baseado em uma estrutura de códigos e respectivas descrições, tecendo outras considerações a este respeito.

Pontuou que a descrição da NCM/SH 7308.90.90 não abarca as telhas (vigas com função de

cobertura ou fechamento lateral), uma vez que não se confundem com “material para andaimes, para armações (cofragens) e para escoramentos (inclusive armações prontas, para estruturas de concreto armado ou argamassa armada), eletrocaldas e perfilados de ferro fundido, ferro ou aço, próprios para construção – 7308.4, 7308.9)”.

Quanto as treliças, que consistem em uma estrutura composta de membros interligados em seus extremos, formando uma estrutura rígida, não se confundem com a descrição da NCM/SH 7308.40.00, que abarca “obras de ferro fundido, ferro ou aço - Construções e suas partes (por exemplo, pontes e elementos de pontes, comportas, torres, pórticos, pilares, colunas, armações, estruturas para telhados, portas e janelas, e seus caixilhos, alizares e soleiras, portas de correr, balaustradas), de ferro fundido, ferro ou aço, exceto as construções pré-fabricadas da posição 9406; chapas, barras, perfis, tubos e semelhantes, de ferro fundido, ferro ou aço, próprios para construções - Material para andaimes, para armações e para escoramentos”.

Disse que situação semelhante pode ser observada com os arames que comercializa, os quais envolveram arames farpados e ovolados, estes últimos cuja NCM respectiva (NCM 7217.20.90) não contém previsão específica para arame na própria legislação estadual, de modo a obrigar o recolhimento do ICMS-ST.

Destacou que a autuação também englobou os Arames para Solda MIG-MAG, cuja NCM 7229.20.00 não está elencada no Anexo I, do RICMS/BA, situação que impõe a necessária exclusão desses itens da autuação combatida.

E, por fim, pontuou que tendo em vista que as mercadorias que comercializa não se enquadram exaustivamente nas hipóteses dos itens descritos no Anexo 1, do RICMS/BA, não se afigura possível a inclusão dos materiais na sistemática de substituição tributária do ICMS no Estado da Bahia, sendo indene de dúvidas a improcedência da acusação fiscal relativamente a esses itens.

No tópico seguinte, intitulado “*Da efetiva destinação das mercadorias comercializadas. Vendas realizadas para consumidores finais e para fins de industrialização. Necessidade de aplicação da verdade material no caso dos autos. Impossibilidade de cobrança do ICMS-ST*”, citou que além de exigir o recolhimento do ICMS-ST em operações não abarcadas pela sistemática, em razão do NCM não conter a descrição completa que abarque as mercadorias comercializadas, a fiscalização incorreu em outros diversos equívocos.

Nesse desiderato, ressaltou que conforme planilha elaborada por sua área fiscal, (doc. 03), há diversas vendas que foram destinadas a consumidores finais e inúmeras outras para industrialização pelo próprio adquirente, o que, afastam por completo, a exigência do ICMS-ST, por ausência de previsão legal, ante a ausência de imposto devido na operação.

Citou, a título de exemplo, o caso dos clientes BP Material de Construção LTDA (CNPJ 00.282.695/0001-41 – doc. 04) e J C ROCHA CIA LTDA (16.111.833/0001-60 – doc. 05), que fizeram aquisições de materiais para a devida aplicação em obras de suas titularidades que estavam em andamento, ou seja, não tendo adquirido as mercadorias objeto da autuação para simples revenda, como suposto pela fiscalização, unicamente em decorrência de um dos objetos sociais detidos por aqueles contribuintes.

De igual modo, se referiu as situações envolvendo os clientes LUSO Comércio de Materiais de Construção e Indústria de Blocos LTDA (CNPJ 15.806.505/0001-15 – doc. 06) e Itamaraju Elétrica LTDA – ME (CNPJ 05.166.865/0001-46 – doc. 07), os quais adquiriam mercadorias na condição de insumos para seus processos produtivos, cuja documentação fornecida por esses clientes permite observar que a partir das aquisições feitas, possível se fez a produção e venda respectiva de Lajes e Postes de Concreto, ou seja, situação que denota a prática de vendas com fins de industrialização, não havendo que se falar, portanto, em dever de recolhimento de ICMS-ST.

Observou que é de se registrar, que alguns clientes já se dispuseram a confirmar que as aquisições realizadas no período autuado não se destinaram a simples revenda, de modo a ensejar o recolhimento do ICMS-ST na hipótese, sendo o caso do cliente T. S. PINHEIRO INDÚSTRIA E

COMÉRCIO DE PRODUTOS SIDERURGICOS EIRELI (CNPJ 10.750.764/0001-58 – doc. 08) que prestou a devida declaração de modo a confirmar que adquire as mercadorias tela, treliça, arame, vergalhão e eletrodo para fins de utilização como insumo em seu processo produtivo, fl. 146.

Com isso afirmou que é de se observar que a despeito das suposições utilizadas pelos autuantes para lastrear o auto de infração em debate, fato é que a realidade fática, que considera devidamente comprovada pela documentação acostada aos autos, confirma a impossibilidade de exigência de qualquer ICMS-ST na forma como feito.

Concluiu este tópico sustentando que reitera o pedido de improcedência da acusação fiscal, eis que não se afigura possível a exigência do ICMS-ST nas operações de venda destinadas a consumidores finais ou com destino à industrialização pelo próprio adquirente, por ausência de imposto devido na operação.

No que pertine ao último tópico da peça defensiva, intitulado “*DAS RAZÕES PARA O CANCELAMENTO DAS MULTAS APLICADAS. VEDAÇÃO AO CONFISCO - ART. 150, IV, DA CR/88*”, pontuou que foi aplicada multa ilegal e desproporcional de 60% sobre o valor do imposto não recolhido tempestivamente (art. 42, inciso II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96), tomando a penalidade contornos confiscatórios, posto que exorbitam e muito a quantia necessária para a realização de sua finalidade sancionatória, assumindo objetivo arrecadatário incompatível com os escopos do Direito Tributário Sancionador, citando, neste sentido, ampla doutrina e jurisprudência que considera uníssonas em afirmar que penalidades de tal monta ofendem a vedação de confisco, além dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade devendo, por isso, serem integralmente canceladas.

Defendeu que há relevantes fundamentos jurídicos para que, na pior das hipóteses, as multas sejam ao menos reduzidas, citando, neste sentido, recente decisão do Supremo Tribunal Federal, de lavra do Ministro Gilmar Mendes, (*ARE 1154222, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 28/09/2018, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-210 DIVULG 01/10/2018 PUBLIC 02/10/2018*) assentando como limite do não confisco na aplicação de penalidades tributárias o patamar de 20% do valor do tributo, conforme excerto transcrito.

Em conclusão, disse ter absoluta convicção de que afastou qualquer presunção de que agiu contrária aos ditames legais, tendo restado evidente nos autos que o suposto crédito tributário se deve muito mais a um entendimento equivocado da fiscalização, do que qualquer ferimento à legislação estadual, razão pela qual espera a procedência desta impugnação, com o cancelamento do crédito nela consubstanciado, e, *subsidiariamente*, requer o cancelamento ou, quando menos, a redução, da penalidade aplicada, em respeito ao princípio do não confisco, na esteira da jurisprudência sedimentada pelo Supremo Tribunal Federal.

Protestou provar o alegado por todos os meios admitidos em Direito, em especial a prova documental em anexo e prova pericial, caso este órgão julgador entenda necessário para o correto dimensionamento da matéria fática *sub judice*, protestando, ainda, a bem da verdade material, pela juntada de documentos no curso do processo.

Requeru, ao final, o cadastramento do nome dos advogados **EDUARDO FRAGA**, OAB/BA nº 10.658, com endereço na Travessa Santa Bárbara, 04, Ed. Aliança Comercial, 9º andar, Comércio, CEP 40.015-190, Salvador/BA, e **SACHA CALMON NAVARRO COÊLHO**, OAB/MG nº 9.007, para fins de recebimento das intimações no presente feito, sob pena de nulidade (artigo 272, § 5º, do CPC/15 – aplicado subsidiariamente ao processo administrativo).

O autuante apresentou a Informação Fiscal de fls. 273 a 303, tendo inicialmente descrito os fatos relacionados a autuação e compilado os argumentos defensivos, para, em seguida, apresentar sua contestação aos fatos arguidos através da peça defensiva.

Assim é que, em relação ao pedido de nulidade do Auto de Infração pontuou que não merece guarida, vez que o processo encontra-se revestido de todas as formalidades legais, em total consonância com o Artigo 39 do RPAF/BA, tendo sido o autuado regularmente cientificado acerca

do início da ação fiscal; as peças que compõem o processo fiscal foram entregues ao mesmo; todas as planilhas são elucidativas e demonstram passo a passo como o imposto fora calculado; o fato gerador da cobrança do imposto e os dispositivos regulamentares infringidos encontram-se devidamente fundamentados e informados no corpo da peça acusatória.

Quanto a afirmativa do autuado de que o lançamento fiscal se baseou em presunções, não se sustenta, haja vista que a autuação foi baseada em documentos fiscais de saídas de mercadorias por ele emitidos e regularmente lançados na Escrituração Fiscal Digital – EFD.

Em relação ao mérito da autuação disse que a peça defensiva tem como finalidade única protelar o pagamento do débito objeto do Auto de Infração em referência.

Pontuou 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 ICMS ST nas operações de saídas, no que couber, registrando que nenhuma das operações que foram objeto da autuação foi realizada junto a consumidores finais (pessoas físicas ou jurídicas), diferentemente do que cita o autuado, já que todas tiveram como adquirentes contribuintes inscritos, que exploram a atividade principal de comércio varejista de material de construção em geral, ferragens ou assemelhados.

Citou que a regra geral nas vendas pelo substituto tributário é pela retenção do ICMS ST (como seria o caso), cujas mercadorias encontram-se arroladas no Anexo I do RICMS/BA, citando que a celebração de Convênio ou Protocolo entre o Estado da Bahia e outros estados da Federação que preveja a retenção do ICMS ST para as operações em tela, não importa, já que se tratam de operações internas e não interestaduais, enquanto que as mercadorias identificadas nas diversas planilhas acostadas ao processo fiscal estão sujeitas ao recolhimento do ICMS ST, de acordo com o mencionado Anexo I, aplicável no período auditado.

Reforçou que todas as operações foram realizadas junto a contribuintes varejistas, com atividade principal de comércio varejista de material de construção em geral, ferragens ou assemelhados, conforme se comprova mediante juntada aos autos dos extratos emitidos pelo sistema INC (doc. fls. 44 – 129), observando que nenhum deles exerce a atividade principal de indústria, conforme se observa nos citados extratos do Sistema INC.

Disse que 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 pelos adquirentes, assim como do imposto relativo aos serviços prestados, o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias constantes do Anexo I da citada Lei, exceto na hipótese de tê-las recebido já com o imposto antecipado.

Observou que na tentativa de esclarecer que parte das mercadorias foram adquiridas para consumo ou como insumo, o autuado citou à guisa de exemplo as operações realizadas junto a alguns “clientes”, quais sejam, B P MATERIAS DE CONSTRUÇÃO LTDA (CNPJ 00.282.695/0001-41), ITAMARAJU ELÉTRICA LTDA (CNPJ 05.166.865/0001-46), T. S. PINHEIRO INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS SIDERÚRGICOS EIRELI (CNPJ 10.750.764/0001-58), LUSO COMÉRCIO DE MATERIAS DE CONSTRUÇÃO E INDÚSTRIAS DE BLOCOS LTDA (CNPJ 15.806.505/0001-15) e J C ROCHA & CIA LTDA (CNPJ 16.111.833/0001-60), apresentando tal informação na última coluna da planilha anexada aos autos (fls. 202 – 223), sob o título “*observação*”, aproveitando-se dos dados constantes das planilhas elaboradas por eles próprios.

Disse que o cliente T. S. PINHEIRO INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS SIDERÚRGICOS EIRELI, com atividade econômica principal de **comércio varejista de ferragens e ferramentas** (doc. fls. 79), apresentou declaração afirmando que adquiriu os produtos “*com a finalidade de insumo (matéria-prima) para o processo produtivo da empresa*”, entretanto, consignou que a declaração por si só não é suficiente para elidir o lançamento fiscal, observando que o autuado elegeu por amostragem os supramencionados adquirentes porque com eles foram realizadas as operações mais significativas em termos de valores reclamados.

Registrou que dos 05 (cinco) clientes listados pelo autuado, três possuem, dentre outras, atividade

secundária de indústria. A atividade econômica principal exercida por todos é de comércio varejista, de acordo com as informações cadastrais constantes do sistema INC:

- 1) B P MATERIAS DE CONSTRUÇÃO LTDA (CNPJ 00.282.695/0001-41): atividade principal – comércio varejista de material de construção. Não possui atividade secundária;
- 2) ITAMARAJU ELÉTRICA LTDA (CNPJ 05.166.865/0001-46): atividade principal - comércio varejista de material de construção. Possui atividades secundárias diversas;
- 3) T. S. PINHEIRO INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS SIDERÚRGICOS EIRELI (CNPJ 10.750.764/0001-58): atividade principal – comércio varejista de ferragens e ferramentas. Possui atividades secundárias diversas;
- 4) LUSO COMÉRCIO DE MATERIAS DE CONSTRUÇÃO E INDÚSTRIAS DE BLOCOS LTDA (CNPJ 15.806.505/0001-15): comércio varejista de material de construção. Possui atividades secundárias diversas;
- 5) J C ROCHA & CIA LTDA (CNPJ 16.111.833/0001-60): comércio varejista de material de construção. Não possui atividade secundária.

Observou que a atividade principal exercida pelos adquirentes é de comércio varejista, enquanto que no momento da venda o autuado não tinha como inferir que se tratava de aquisição que não fosse para revenda, enquanto que a declaração por si só de alguns “clientes” (ou mesmo se tivesse sido de todos envolvidos na operação) que não adquiriram as mercadorias para revenda não consegue elidir o lançamento fiscal, acrescentando que o autuado poderia, a título exemplificativo, ter apresentado cópia do registro contábil da mercadoria na sua escrita com o CNAE de compra para consumo ou industrialização, não o fazendo porque os produtos foram de fato adquiridos para revenda.

Disse que 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, e, se assim não o fosse, todos os contribuintes adquirentes de mercadorias no momento da compra arguiriam junto ao vendedor que não procedesse à retenção do ICMS ST porque são destinadas para uso/consumo ou como insumo/matéria – prima para aplicação no processo fabril do estabelecimento.

Ponderou que pelo fato de que todos os clientes do autuado envolvidos nas operações com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária exercem a atividade principal de comércio varejista de material de construção, ferragens e assemelhados, a regra é pela retenção do ICMS ST por parte do contribuinte substituto tributário, como é o caso, ressaltando que na hipótese de o contribuinte adquirir mercadoria para revenda, com a retenção do ICMS ST, e posteriormente der destinação diversa ao produto (para uso/consumo ou para emprego no processo fabril, por exemplo), poderá se creditar na escrita fiscal de ambas as parcelas do imposto (ICMS normal e ICMS ST), nos termos da legislação.

Citou, em seguida, que, não obstante desnecessário, haja vista que todos os clientes da Autuada envolvidos nas operações exercem a atividade principal de comércio varejista de material de construção, ferragens e assemelhados, e como tal, a regra seria pela retenção do ICMS ST, copiou recortes de notas fiscais de saídas emitidas pelos mesmos onde se observa a venda de produtos adquiridos junto ao autuado, o que comprova que as mercadorias foram adquiridas para revenda, fls. 284 a 300.

Por outro lado, pontuou que assiste razão ao autuado em relação apenas à cobrança indevida do ICMS ST sobre o produto AR COB MIG/MAG 1.00 KK 18kg RC BME-C4 – NCM 7229.20.00, cuja importância foi abatida do novo demonstrativo de débito ora elaborado, no valor total de R\$ 191,16 (cento e noventa e um reais e dezesseis centavos), fatos geradores ocorridos nos meses de outubro/2016, julho/2017, julho/2018 e outubro/2019, respectivamente nas importâncias de R\$ 73,34, R\$ 36,52, R\$ 50,69 e R\$ 27,61. Com isso, mencionou que o crédito tributário lançado fica reduzido de R\$ 221.882,85 para R\$ 221.691,69, consoante demonstrativo constante à fl. 302, mencionando que considerando que houve concordância parcial em relação ao alegado pelo autuado, fica

dispensada a ciência ao mesmo acerca da redução do débito, nos termos do art. 127, § 8º do RPAF/BA.

Destacou que há precedentes neste CONSEF de julgamentos que guardam relação com o mesmo fato gerador em comento, a exemplo do Acórdão CJF Nº 0157-11/19, bem como diversos outros vinculados a Autos de Infração lavrados contra a Autuada, enquanto que, em relação ao pedido de inaplicabilidade da multa de 60%, não concordou uma vez que é uma decorrência direta e imediata da Lei nº 7.014/96, instituída pelo Estado da Bahia no exercício da sua competência constitucional (CF/88, Art. 24, Inciso I).

Já no tocante ao pedido de perícia formulado pelo autuado, também não concordou por entender que o processo se encontra instruído com os elementos necessários ao seu deslinde.

Concluiu pugnando pela Procedência Parcial do Auto de Infração de acordo com o demonstrativo acima citado, com a exclusão do ICMS ST vinculado à NCM 7229.20.00.

Às fls. 306 e 307, consta manifestação pelo autuado requerendo a juntada do comprovante de pagamento parcial da autuação, fls. 309 e 310, no valor histórico de R\$ 1.599,86 e valor corrigido de R\$ 2.127,49, pelo fato de se tratarem de aquisições de mercadorias por clientes e que se destinaram para consumo final e industrialização, porém sem identificação das operações respectivas.

Citou que, conforme planilha já apresentada na defesa inicial, há diversas vendas que foram destinadas a consumidores finais e inúmeras outras para industrialização pelo próprio adquirente, o que afasta, por completo, a exigência do ICMS-ST, por ausência de previsão legal.

Disse que também é de se pontuar a ausência de ICMS ST nas operações com os clientes N K Material de Construção Ltda, CNPJ nº 29.507.537/0001-24, e Alexandre de Jesus Silva, CNPJ nº 25.167.676/0001-03, os quais adquiriram as mercadorias envolvidas na condição de insumos para industrialização.

De igual forma se referiu as operações envolvendo os clientes Top Aço Comércio de Metais Ltda., CNPJ nº 17.683.086/0001-05, Itamarajú Elétrica Ltda., CNPJ nº 05.166.865/0001-46, 2F Comércio de Ferragens Ltda., CNPJ nº 28.336.283/0001-66, J F Lima de Ubatã, CNPJ nº 07.228.294/0001-52 e Bahia Materiais de Construção – Eireli, CNPJ 22.764.840/0001-63, haja vista se tratar de operações destinadas ao uso ou consumo próprio, efetuando juntada às fls. 312 a 325 de declarações emitidas pelos citados clientes.

Concluiu reiterando o pedido de improcedência do Auto de Infração.

Em 31 de janeiro de 2022, o presente PAF foi convertido em diligência à Infaz de origem nos seguintes termos:

“Através de petição juntada aos autos decorrente do Processo SIPRO nº 002251/2021-3, fls. 305 a 325, o autuado voltou a argumentar que existem diversas vendas que foram destinadas a consumidores finais e inúmeras outras para industrialização pelo próprio adquirente, o que afasta, ao seu entender, a exigência do ICMS-ST recaída sobre tais operações, através do presente lançamento tributário.

Neste sentido e com o objetivo de comprovar seu argumento, indicou diversas operações onde os compradores adquiriram as mercadorias na condição de insumos para industrialização (fl. 306), e outras que foram adquiridas com fins de uso e consumo próprio (fl. 307), juntando, inclusive, uma série de cópias de declarações emitidas pelos adquirentes indicando a finalidade dessas mercadorias (consumo próprio ou industrialização), fls. 312 a 325.

Em vista disto deliberou esta 4ª Junta de Julgamento Fiscal em sessão de Pauta Suplementar realizada nesta data, pela conversão do presente PAF em diligência à Infaz de origem no sentido de que o autuante analise os documentos juntados pelo autuado, acima referidos, e, se pertinentes os argumentos defensivos, elaborar novo demonstrativo de débito com as respectivas exclusões.

Caso sejam mantidas as exigências respectivas, justificar e comprovar de forma individual, o motivo da não aceitação do argumento defensivo.

O resultado da presente diligência deverá ser entregue ao autuado, juntamente com cópia da presente solicitação, com a concessão do prazo de 20 (vinte) dias para que o mesmo se manifeste a respeito da mesma.

*Ocorrendo manifestação por parte do autuado, o autuante também deverá se pronunciar, sendo que, ambos os pronunciamentos, **deverão vir acompanhados de mídia digital em formato word.***

Após o atendimento, o PAF deverá retornar ao CONSEF para continuidade da sua instrução e posterior julgamento”.

Em atendimento o autuante se pronunciou às fls. 333 a 338, citando que objetivando comprovar que não caberia a retenção do ICMS ST em diversas operações de saídas de mercadorias objeto do Auto de Infração em referência, o autuado alegou, em síntese: (i) que diversas mercadorias foram adquiridas pelos seus clientes como insumos/*beneficiamento do estabelecimento*; (ii) *que diversas mercadorias foram adquiridas para uso/consumo do estabelecimento.*

Disse que no tocante ao argumento de que parte das mercadorias objeto das operações que guardam relação com a autuação foram adquiridas pelos respectivos clientes para emprego no processo industrial/beneficiamento, como demonstrado em diferentes operações já indicadas na peça defensiva, constata-se, segundo o autuado, que também se aplica aos adquirentes N K Material de Construção Ltda (CNPJ 29.507.537/0001-24) e Alexandre de Jesus Silva (CNPJ 25.167.676/0001-03), oportunidade em que exhibe as declarações dos mesmos atestando tal alegação.

Em relação ao adquirente/cliente Alexandre de Jesus Silva, este exerce tão-somente atividade de comércio (Comércio varejista de material de construção em geral), conforme se observa no *hard copy* apenso à fl. 97 e verso, com isso não teria como ele ter utilizado as mercadorias adquiridas como insumo e, acaso tivesse declarado que os produtos foram adquiridos para uso/consumo do estabelecimento, também não prosperaria tal alegação, conforme disse que adiante comprovará.

Acrescentou que o contribuinte N K Material de Construção Ltda (Razão Social anterior K dos Santos Martins Material de Construção), não obstante também haver declarado que adquiriu as mercadorias como insumo, a declaração por si só, ao seu ver, não é suficiente para elidir o lançamento fiscal, já que o mesmo exerce atividade mista de comércio e indústria, mas adquiriu as mercadorias para revenda, porque se não o fosse teria exibido cópias de notas fiscais de vendas de produtos por ele industrializado ou alternativamente cópia do livro fiscal de entrada comprovando que as escriturou com o CFOP 1101 (compra para industrialização).

Disse que o simples fato de o contribuinte incluir no seu contrato social atividade(s) secundária(s) não implica necessariamente que as exercerá, pois é sabido que a maioria deles as inclui porque poderá eventualmente exercê-las e no sentido de evitar custos ao ingressarem posteriormente com alterações na Junta Comercial do Estado (JUCEB).

Citou que na tentativa, ainda, de elidir parte da ação fiscal, por entender o descabimento da retenção do ICMS ST nas operações de vendas por ela realizadas, o autuado relaciona diversos clientes que teriam adquirido as mercadorias para consumo próprio do estabelecimento, apresentando na oportunidade as respectivas declarações, a saber:; Top Aço Comércio de Metais Ltda CNPJ 17.683.086/0001-05); Itamarajú Elétrica Ltda (CNPJ 05.166.865/0001-46; 2F Comércio de Ferragens Ltda (CNPJ 28.336.283/0001-66); J F Lima de Ubatã (CNPJ 07.228.294/0001-52); Rízia Lopes Pereira (CNPJ 13.111.210/0001-07) e Bahia Materiais de Construção EIRELLI Ltda (CNPJ 22.764.840/0001-63).

A este respeito disse que todos os supramencionados clientes do autuado são contribuintes do ICMS e exercem atividade de comércio varejista de materiais de construção em geral e, por conseguinte, o vendedor das mercadorias (no caso, o autuado) obrigava-se a proceder à retenção do ICMS ST, porque os produtos estão enquadrados no regime de substituição Tributária. A regra geral nas vendas pelo substituto tributário é pela retenção do ICMS ST, cujas mercadorias encontram-se arroladas no Anexo I do RICMS/BA.

Acrescentou que não foi anexado ao processo nenhuma prova material que pudesse caracterizar que os produtos foram adquiridos para uso do estabelecimento, a exemplo de alvará de construção, que configuraria como acessão física, enquanto que as declarações apresentadas, por si só, não são suficientes para elidir o lançamento fiscal.

Concluiu mantendo o crédito tributário da forma como constituído, exceto em relação apenas ao que já fora reconhecido na Informação Fiscal preliminarmente prestada (fls. 273 – 303), no tocante à cobrança indevida do ICMS ST sobre o produto C4 – AR COB MIG/MAG 1.00 KK 18kg RC BME-NCM 7229.20.00, cuja importância foi abatida do novo demonstrativo de débito elaborado à época (fls. 302), no valor total de R\$ 191,16.

O autuado se pronunciou a respeito da diligência fiscal, fls. 342 a 346, onde após resumir os argumentos defensivos já apresentados, citou que, a título de exemplo, tem-se o caso dos clientes BP Material de Construção Ltda. – CNPJ 00.282.695/0001-41 (doc. 04 da impugnação) e J C Rocha Cia Ltda., - CNPJ 16.111.833/0001-60, doc. 05 da impugnação, que efetuaram aquisições de materiais para a devida aplicação em obras de suas titularidades que estavam em andamento, ou seja, não as adquiriram para simples revenda, conforme suposto pelos autuantes unicamente em decorrência de um dos seus objeto sociais.

Citou o caso dos clientes acima que efetuaram aquisições de materiais para aplicação em obras de suas titularidades, se torna emblemático diante da afirmação fiscal de que *“não foi anexado ao processo nenhuma prova material que pudesse caracterizar que os produtos foram adquiridos para uso do estabelecimento”*, visto que a referida documentação envolve, exatamente, de forma respectiva, a Anotação de Responsabilidade Técnica do cliente e o cadastro; da obra de titularidade, juntamente do comprovante de declaração das contribuições a recolher à Previdência Social.

Disse que igual situação se constata nas operações envolvendo os clientes Luso Comércio de Materiais de Construção e Indústria de Blocos Ltda., CNPJ 15.806.505/0001-15 (doc. 06 da impugnação), e Itamarajú Elétrica Ltda. – Me, CNPJ 05.166.865/0001-46, doc. 07, os quais adquiriram os materiais a título de insumos, acrescentando que através da documentação fornecida pelos mesmos, permite observar que a partir das aquisições efetuadas, se fez possível a produção e venda de lajes e postes de concreto, o que denota aquisições com fim de industrialização.

Mencionou que, naquilo que se refere as declarações que obteve juntamente a parte de seus clientes quanto a destinação das mercadorias adquiridas no período autuado, considera que a rígida posição fiscal unicamente denota o cenário de extrema insegurança jurídica com que os contribuintes brasileiros convivem, isto porque, não obstante o fisco exigir que o vendedor comprove o que o comprador está fazendo com as mercadorias adquiridas, em situações em que conseguiu obter declarações em que os destinatários atestam, sob pena de responsabilidade legal e criminal de falso testemunho, que de fato foram os fins daquelas mercadorias, ainda assim a fiscalização apresenta novas objeções e passa a exigir mais indícios a fim de abandonar sua premissa atrelada unicamente a parte dos registros constantes das inscrições estaduais dos clientes.

Apontou o caso do cliente T. S. Pinheiro Indústria e Comércio de Produtos Siderúrgicos Eireli – CNPJ 10.750.7640001-58, doc. 08, que prestou a declaração devida de modo a confirmar que adquiriu os materiais como insumos em seu processo produtivo, e se trata de contribuinte que possui os CNAE's 25.32-2-01 – Produção de Artefatos estampados de metal, 25.99-3-99 – Fabricação de outros produtos de metal não especificados anteriormente e 47.41-5-00 – Comércio Varejista de tintas e materiais para pintura, cuja declaração prestada pelo cliente foi ignorada pelos autuantes.

Concluiu asseverando que a manifestação fiscal prestada pelos autuantes denota a abusiva atuação do fisco no presente caso, o que espera seja refutada por este órgão julgador ao examinar a prova dos autos.

Reiterou, ao final, o pedido de improcedência do Auto de Infração.

O autuante ao se pronunciar à fl. 349, disse que o autuado não apresentou nenhum fato novo que possa elidir o lançamento fiscal, razão pela qual manteve na integralidade a informação prestada às fls. 333 a 338.

Em 31 de maio de 2022, o PAF foi novamente convertido em diligência, fls. 351, no sentido de que

os autuantes elaborassem, separadamente, “*um demonstrativo considerando o valor autuado por mês de aquisição / lançamento, (nota fiscal e valor autuado) relacionado aos seguintes clientes do autuado: B P MATERIAL DE CONSTRUÇÃO LTDA. I. E. 040.534.563, LUSO Comércio de Materiais de Construção e Ind. de Blocos Ltda. – I. E. 102.380, ITAMARAJÚ ELÉTRICA LTDA. – I. E. 079.189.786, TOP AÇO COMÉRCIO DE METAIS LTDA. – I. E. 107.337.856, J F Lima de Ubatã – I. E. 065.587.102 e Rízia Lopes Pereira – I. E. 133.809.339*”, e que, após o atendimento o PAF retornasse diretamente ao CONSEF, sendo tal solicitação de acordo com os documentos anexados às fls. 354 a 360.

Registro o comparecimento à sessão de julgamento virtual realizada nesta data do representante legal do autuado, Dr. Flaviano Britto, OAB/BA nº 27.833, para fim de efetuar sustentação oral dos argumentos defensivos.

VOTO

A acusação que versa nos presentes autos está posta nos seguintes termos:; “*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 nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado*”, constando também que “*Refere-se a diversas operações de vendas internas de mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária sujeitas ao recolhimento antecipado do imposto, realizadas junto 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*”.

Em preliminar o autuado arguiu a nulidade do Auto de Infração aduzindo que a fiscalização nada trouxe aos autos, que comprovasse a suposta prática de circulação de mercadorias sem o devido pagamento do ICMS-ST na condição de responsável tributário, sem nem mesmo indicar o motivo pelo qual foi arrolado no polo passivo da cobrança, o que implica não apenas na falta com os requisitos do artigo 39 do RPAF/BA, como também em seu prejuízo no conhecimento e avaliação dos motivos do ato impugnado – causa de sua nulidade, *ex vi* do artigo 18, IV, “a” do citado RPAF, acrescentando que o relatório da autuação e o enquadramento legal da infração não indicam os respectivos fundamentos que supostamente ensejam sua responsabilização tributária, o que prejudica a segura definição da natureza da infração, bem como a ampla defesa.

Da análise dos elementos presentes nos autos, vejo que não assiste razão ao autuado em seus argumentos, já que no campo descrição dos fatos, está mencionado toda a motivação para execução do lançamento, com detalhada descrição, além da existência de planilhas analíticas das operações motivadoras da autuação, possibilitando ao autuado os mais amplos meios para o pleno exercício da defesa, que, afinal, assim procedeu.

Desta forma não há qualquer afronta ao Art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, bem como ao Art. 142 do CTN, além de que a autuação não ocorreu em função de meras presunções, conforme citado na defesa, haja vista que o lançamento foi baseado em documentos fiscais de saídas de mercadorias emitidos regularmente pelo autuado, e lançados na sua Escrituração Fiscal Digital – EFD. Portanto, deixo de acolher todos os argumentos de nulidade suscitados na peça defensiva.

Quanto ao mérito, o autuado alegou que algumas das mercadorias que foram autuadas não se enquadram na substituição tributária, a exemplo de telha (NCM 7308.90.90), treliça (NCM 7308.40.00), vergalhões (NCM 7214.20.00), arames (NCM 7313.00.00 e 7217.20.90), eletrodos (8311.00.00), pregos (NCM 7317.00.90) e colunas (NCM 7308.40.00), o que não concordo, posto que, tais mercadorias e respectivas NCM constam do Anexo I ao RICMS/BA, portanto, sujeitas à substituição tributária, naquilo que couber.

Passo a analisar o argumento defensivo no sentido de que consta da autuação diversas vendas que foram destinadas a consumidores finais e outras para industrialização pelo próprio adquirente, o que, ao seu entendimento, afasta por completo, a exigência do ICMS-ST, por ausência de previsão

legal, acrescentando que diversos dos destinatários das mercadorias o fizeram para utilização em obras que estavam executando em seus próprios estabelecimentos ou para emprego como insumos de industrialização, anexando declarações emitidas pelos compradores a título de comprovação.

Tais argumentos não foram acolhidos pelo autuante sob as seguintes justificativas:

- a) a atividade principal exercida pelos adquirentes é de comércio varejista, enquanto que no momento da venda o autuado não tinha como inferir que se tratava de aquisição que não fosse para revenda, enquanto que a declaração por si só de que não adquiriram as mercadorias para revenda não consegue elidir o lançamento fiscal, acrescentando que o autuado poderia, a título exemplificativo, ter apresentado cópia do registro contábil da mercadoria na sua escrita com o CNAE de compra para consumo ou industrialização, não o fazendo porque os produtos foram de fato adquiridos para revenda.
- b) 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.
- c) que, não obstante desnecessário, haja vista que todos os clientes do autuado, envolvidos nas operações, exercem a atividade principal de comércio varejista de material de construção, ferragens e assemelhados, e como tal, a regra seria pela retenção do ICMS ST, copiou recortes de notas fiscais de saídas emitidas pelos mesmos onde se observa a venda desses produtos, o que comprova que as mercadorias foram adquiridas para revenda, fls. 284 a 300.

Acolheu, entretanto, o argumento defensivo em relação apenas à cobrança indevida do ICMS ST sobre o produto AR COB MIG/MAG 1.00 KK 18kg RC BME-C4 – NCM 7229.20.00, cuja importância foi excluída do novo demonstrativo de débito que elaborou, no valor total de R\$ 191,16, cujos fatos geradores ocorridos nos meses de outubro/2016, julho/2017, julho/2018 e outubro/2019, respectivamente nas importâncias de R\$ 73,34, R\$ 36,52, R\$ 50,69 e R\$ 27,61. Com isso, mencionou que o crédito tributário lançado fica reduzido de R\$ 221.882,85 para R\$ 221.691,69, consoante demonstrativo constante à fl. 302.

Objetivando elucidar dúvidas presentes nos autos, o PAF foi convertido em diligência no sentido de que o autuante analisasse os documentos juntados pelo autuado e, se pertinentes os argumentos defensivos, fosse elaborado novo demonstrativo de débito com as respectivas exclusões, tendo o autuante mantido o lançamento, apenas com as exclusões acima mencionadas.

Posteriormente, esta 4ª JF, converteu mais uma vez o PAF em diligência no sentido de que fosse elaborado pelo autuante um demonstrativo abarcando as operações que foram destinadas aos adquirentes das mercadorias ali citados, o que foi atendido pelo autuante.

Assim é que, de tudo quanto aqui posto e analisado vejo que, em relação as operações realizadas pelo autuado, envolvendo os destinatários abaixo, citados pela defesa, assiste razão ao mesmo apenas em parte, consoante passo a demonstrar:

- **B P MATERIAL DE CONSTRUÇÃO LTDA. I.E. 040.534.563.** Ativ. Econômica Principal: 4744005 - Com. varejista de materiais de construção não especificados anteriormente, fl. 44. Não acolhida a exclusão, tendo em vista que apesar da juntada de documentos emitidos pelo CREA/BA a título de Anotação de Responsabilidade Técnica – ART da execução da obra, fls. 225 a 227, com início em 28/06/2018 e previsão de término em 28/06/2019, o período autuado antecede o início das obras.
- **J C ROCHA & CIA. LTDA. I.E. 016.208.003.** Ativ. Econômica Principal: 4744099 - Com. varejista de materiais de construção em geral, fl. 126. Base: Documentos emitidos pela SRF – Início de execução da obra em 25/01/2011, fl. 229. Mantida a autuação, pois a obra está fora do período das aquisições.
- **LUSO Comércio de Materiais de Construção e Ind. de Blocos Ltda. – I.E. 102.380.** Ativ. Econômica

Principal: 4744099 - Com. varejista de materiais de construção em geral, fl. 125. Atividades Secundárias: 2330301 – Fabricação de estruturas pré-moldadas de concreto armado sob encomenda e 2330302 – Fabricação de artefatos de cimento para uso na construção. Excluído da autuação com base no DANFE 1946, de 20/12/2018, fl. 232, referente a fabricação de laje de concreto, o que comprova ser aquisições de insumos para industrialização. **Valor excluído R\$ 2.164,42.**

- **ITAMARAJÚ ELÉTRICA LTDA. – I.E. 079.189.786.** Ativ. Econômica Principal: 4744099 - Com. varejista de materiais de construção em geral, fl. 61. Atividade Secundária: 2330399 – Fabricação de outros artefatos e produtos de concreto, cimento, etc. Acolhida a exclusão da autuação com base nos Danfes fls. 234 a 268 referente a fabricação de postes e cruzetas de concreto, c/c declaração de fl. 316. **Valor excluído: R\$ 26.098,02.**

- **T S PINHEIRO IND E COM DE PRODUTOS SIDERÚRGICOS – I. E. 082.552.297** - Ativ. Econômica Principal: 4744001 – Com. Varejista de ferragens e ferramentas, fl. 79. Não acolhida a declaração prestada pelo comprador das mercadorias de que adquiriu a título de insumo para seu processo produtivo, fez que não possui atividade secundária vinculada a fabricação de quaisquer produtos, assim como inexistente qualquer documento que comprove o exercício dessa atividade.

- **N K Material de Construção Ltda. I. E. 146.101.746.** - Ativ. Econômica Principal: 4744099 - Com. varejista de materiais de construção em geral, fl. 103. NÃO ACOLHIDA a declaração prestada pelo comprador das mercadorias de que adquiriu a título de insumo para seu processo produtivo, vez que não possui atividade secundária vinculada a fabricação de quaisquer produtos, assim como inexistente qualquer documento que comprove o exercício dessa atividade.

- **ALEXANDRE DE JESUS SILVA – I. E. 133.809.330** - Ativ. Econômica Principal: 4744099 - Com. varejista de materiais de construção em geral, fl. 97. NÃO ACOLHIDA a declaração prestada pelo comprador das mercadorias de que adquiriu a título de insumo para seu processo produtivo, vez que não possui atividade secundária vinculada a fabricação de quaisquer produtos, assim como inexistente qualquer documento que comprove o exercício dessa atividade.

- **TOP AÇO COMÉRCIO DE METAIS LTDA. – I. E. 107.337.856** - Ativ. Econômica Principal: 4744001 - Com. varejista de materiais de construção em geral, fl. 83. Acolhido o argumento defensivo na medida em que, apesar da atividade exercida pelo autuado, a declaração prestada pelo comprador das mercadorias, indicando que efetuou apenas uma aquisição através da NF-e 40.380 com a finalidade de consumo no ano de 2018, não ocorrendo outras operações abarcadas nos períodos autuados, afasta a exigência formulada pela autuação. **Valor a ser excluído R\$ 399,03.**

- **2 F COMERCIAL DE FERRAGENS LTDA. – I. E. 142.368.529** - Ativ. Econômica Principal: 4744001 - Com. varejista de materiais de ferragens e ferramentas, fl. 101. NÃO ACOLHIDA a declaração prestada pelo comprador, fl. 317, posto que a autuação envolve uma quantidade considerável de operações no período autuado, a título de consumo, o que não se justifica, dada a atividade exercida pelo comprador.

- **J F Lima de Ubatã – I. E. 065.587.102.** - Ativ. Econômica Principal: 4744005 - Com. varejista de materiais de construção não especificados anteriormente, fl. 71. Acolhido o argumento defensivo na medida em que, apesar da atividade exercida pelo autuado, a declaração prestada pelo comprador das mercadorias, indicando que efetuou apenas duas aquisições com a finalidade de consumo nos anos de 2017 e 2018, não ocorrendo outras operações abarcadas nos períodos autuados, denota a condição de aquisições não destinadas à comercialização. **Valor a ser excluído R\$ 120,19.**

- **RÍZIA LOPES PEREIRA – I. E. 133.809.339** - Ativ. Econômica Principal: 4744099 - Com. varejista de materiais de construção em geral, fl. 97. Acolhido o argumento defensivo, tendo em vista que apesar da atividade exercida pelo comprador, a declaração prestada pelo mesmo, indicando que efetuou apenas uma aquisição através da NF-e 34.500 com a finalidade de consumo no ano de 2018, não ocorrendo outras operações abarcadas nos períodos autuados, não configura aquisição para comercialização. **Valor a ser excluído R\$ 66,44.**

- **BAHIA MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO EIRELI – I. E. 125.604.840** - Ativ. Econômica Principal: 4744099 - Com. varejista de materiais de construção em geral, fl. 91. NÃO ACOLHIDA a declaração prestada pelo comprador, fl. 321, posto que envolve uma quantidade considerável de operações no período autuado, a título de consumo, o que não se justifica, dada a atividade exercida pelo comprador.

Isto posto, tomando como parâmetro o novo demonstrativo de débito apresentado pelo autuante quando da Informação Fiscal, no valor de R\$ 221.691,69, fl. 305, o qual acolho, e após as exclusões acima citadas, que ora processo no total de R\$ 28.848,10, o lançamento fica reduzido para o valor de R\$ 192.843,59, consoante abaixo demonstrado.

Quanto ao argumento defensivo de exorbitância as multas aplicadas são em valores confiscatórios, apesar de respeitar os relevantes argumentos jurídicos apresentados pelo autuado, considero que o autuante agiu estritamente em consonância que o regramento previsto pela legislação tributária posta, em pleno vigor, da qual, tendo em vista sua atividade vinculada, não poderia ignorar, situação esta a que também se submete o órgão julgador administrativo, consoante se depreende da leitura do art. 167, incisos I e III do RPAF/BA, *verbis*:

Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I – a declaração de inconstitucionalidade;

(...)

III – a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Diante do quanto acima exposto, entendo que a Decisão do STF citada pelo autuado, voltada a questão interpretativa de ordem constitucional, como já dito, foge da competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade na legislação tributária posta. Ademais, o precedente judicial citado na peça de defesa, proferido pelo STF (Supremo Tribunal Federal), não é vinculante para a Administração Pública do Estado da Bahia, visto que este não figurou como parte na ação.

Também não há como atender ao pleito do defendente, de cancelamento ou redução da penalidade, em face da incompetência legal deste órgão julgador para apreciá-lo.

Por fim, quanto ao pedido de que as notificações e intimações sejam encaminhadas ao endereço dos patronos do autuado, esclareço que tais procedimentos obedecem ao previsto pelo Art. 108 do RPAF/BA, entretanto, nada obsta que o pedido seja também atendido, ao tempo em que, acaso assim não o seja, não é motivo para nulidade da peça processual pertinente.

Em conclusão, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do presente Auto de Infração no valor de R\$ 192.843,59, consoante abaixo demonstrado, devendo ser homologado o valor já recolhido, conforme documento de fl. 363.

DEMONSTRATIVO DO DÉBITO					
Ano	Mês	Valor InF. Fiscal	Exclusão	Vlr. Devido	Multa
2016	1	245,77	172,38	73,39	60%
2016	2	1.623,28	0,00	1.623,28	60%
2016	3	1.678,87	259,25	1.419,62	60%
2016	4	3.403,35	0,00	3.403,35	60%
2016	5	862,64	0,00	862,64	60%
2016	6	2.957,92	0,00	2.957,92	60%
2016	7	988,43	0,00	988,43	60%
2016	8	972,26	0,00	972,26	60%
2016	9	1.800,99	122,48	1.678,51	60%
2016	10	1.238,62	30,62	1.208,00	60%
2016	11	470,40	52,82	417,58	60%
2016	12	1.193,41	186,03	1.007,38	60%
2017	1	478,31	0,00	478,31	60%
2017	2	2.644,79	0,00	2.644,79	60%
2017	3	1.989,27	21,08	1.968,19	60%

2017	4	508,31	0,00	508,31	60%
2017	5	563,70	0,00	563,70	60%
2017	6	940,53	187,63	752,90	60%
2017	7	940,14	159,98	780,16	60%
2017	8	2.060,28	0,00	2.060,28	60%
2017	9	916,23	139,41	776,82	60%
2017	10	2.253,19	221,43	2.031,76	60%
2017	11	3.151,73	28,56	3.123,17	60%
2017	12	2.658,51	712,19	1.946,32	60%
2018	1	4.985,55	608,09	4.377,46	60%
2018	2	2.457,32	456,29	2.001,03	60%
2018	3	4.039,75	0,00	4.039,75	60%
2018	4	4.278,47	324,13	3.954,34	60%
2018	5	3.264,73	1.613,32	1.651,41	60%
2018	6	378,08	13,29	364,79	60%
2018	7	7.700,79	1.166,06	6.534,73	60%
2018	8	3.777,57	483,27	3.294,30	60%
2018	9	5.408,03	1.162,03	4.246,00	60%
2018	10	3.812,20	137,08	3.675,12	60%
2018	11	3.378,49	1.283,88	2.094,61	60%
2018	12	11.183,54	0,00	11.183,54	60%
2019	1	8.660,71	1.167,38	7.493,33	60%
2019	2	7.405,77	1.185,00	6.220,77	60%
2019	3	5.204,75	1.134,55	4.070,20	60%
2019	4	15.032,39	1.216,66	13.815,73	60%
2019	5	12.291,43	994,00	11.297,43	60%
2019	6	6.373,90	2.110,63	4.263,27	60%
2019	7	14.531,68	1.071,29	13.460,39	60%
2019	8	5.530,72	1.750,30	3.780,42	60%
2019	9	8.041,02	2.132,29	5.908,73	60%
2019	10	12.655,00	2.063,61	10.591,39	60%
2019	11	20.057,65	1.141,55	18.916,10	60%
2019	12	14.701,22	3.339,54	11.361,68	60%
TOTAL		221.691,69	28.848,10	192.843,59	60%

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **191828.0009/20-3**, lavrado contra **ARCELORMITAL BRASIL S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 192.843,59**, acrescido da multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “e” da Lei nº 7.014/96 e demais acréscimos legais, devendo ser homologado o valor já recolhido.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 04 de outubro de 2022.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE / RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR