

PROCESSO	- A. I. N° 293872.0005/19-7
RECORRENTE	- ARCELORMITTAL SUL FLUMINENSE S/A.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 6ª JJF n° 0304-06/21-VD
ORIGEM	- DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 19/07/2023

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF N° 0204-12/23-VD**

EMENTA: ICMS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS TIDAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. SAÍDAS DE VERGALHÕES. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Diligência fiscal realizada pela ASTEC/CONSEF demonstrou que parte dos valores exigidos tiveram o imposto recolhido por antecipação, cujos valores correspondentes foram deduzidos dos valores exigidos nas saídas que não foram tributadas. Rejeitada a preliminar de nulidade. Infração subsistente em parte. Reformada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO PARCIALMENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto pelo contribuinte contra a decisão proferida pela 6ª JJF, que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado em 11/12/2019 para exigir ICMS em decorrência da seguinte infração:

Infração 01 – 02.01.03. Deixou de recolher ICMS em razão da prática de operações tributáveis como não tributáveis. Consta na descrição dos fatos que o contribuinte é substituto tributário neste Estado, exercendo a atividade econômica de comércio atacadista de ferragens e ferramentas, como unidade de distribuição da sociedade empresária Votorantim Siderurgia S/A, localizada no Rio de Janeiro (01/2016 a 06/2018) - R\$ 3.971.229,27. Multa de 60%.

Na decisão proferida (fls. 325/331) inicialmente indicou que o auto de infração está fundamentado nos artigos 2º, I e 32 da Lei nº 7.014/96 c/c artigo 32, I do RICMS/12, que transcreveu, cujo levantamento de fl. 11 foi entregue ao defensor (fls. 96 a 108), validando o procedimento de fiscalização e lançamento, feito com clareza e correção a fundamentação de fato e de direito, descrevendo a irregularidade, indicando os documentos e demonstrativos, com seus dados, informações e cálculos. Concluiu fundamentando que foi observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizada nos aspectos abordados na impugnação. Rejeitou a preliminar de nulidade.

Indeferiu o pedido de realização de diligência ou perícia, com fundamento no art. 147, I, “a” e “b” e II, “c” do RPAF/BA, justificando a impraticabilidade por sociedade empresária já ter sido incorporada, não mais possuindo instalações físicas neste Estado, do que inclusive decorreu o fato de ter sido substituída processualmente por ARCELORMITTAL BRASIL S/A (incisos I, “a” e II, “c”).

Por decisão da maioria a 5ª JJF decidiu converter o processo em diligência fiscal (fl. 213), ao autuante e à repartição fiscal de origem, no sentido de intimar a sucessora empresarial para apresentar documentos correlacionados a pessoa jurídica sucessória de pagamentos a título de antecipação total (código de receita 1145), tomando como base os documentos de arrecadação juntado com a defesa (fl. 202). No mérito apreciou que:

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

Foi constatado, nos exercícios de 2016, 2017 e 2018, que o contribuinte deixou de recolher via diversas notas

fiscais de saída o imposto próprio e a retenção por substituição tributária do produto *VERGALHÃO*, motivo pelo qual foram lançados dois Autos de infração: este, de nº 293872.0005/19-7 (imposto próprio) e o de nº 293872.0006/19-3 (ICMS por retenção; julgado procedente pela 1ª JJF (Junta de Julgamento Fiscal), por intermédio do Acórdão nº 0045-01/20).

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

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

Concordo com a autoridade fiscal, segundo a qual:

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

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

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

(...)

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

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

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

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

(...)

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

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

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

(...)

§ 2º O contribuinte regularmente inscrito no Cadastro de Contribuinte do ICMS do Estado da Bahia - CAD-ICMS, que preencha cumulativamente os requisitos indicados a seguir, poderá efetuar o recolhimento do imposto por antecipação de que tratam as alíneas “a”, “b” e “c” e o item 2 da alínea “g” do inciso III do caput deste artigo, até o dia 25 do mês subsequente ao da data de emissão do MDF-e vinculado ao documento fiscal, exceto em relação às operações de importação de combustíveis derivados de petróleo e as operações com açúcar, farinha de trigo, mistura de farinha de trigo, trigo em grãos, charque, jerked beef, enchidos (embutidos) e produtos comestíveis resultantes do abate de aves e gado bovino, bufalino, suíno, caprino e ovino:

(...)”.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

No recurso voluntário interposto (fls. 341 a 356), por intermédio dos advogados Luiz Gustavo Antonio Silva Bichara, OAB/RJ 112.310, Pedro Teixeira de Siqueira Neto, OAB/RJ 160.551 e Eduardo Borges Pinho, OAB/PE 31.109 inicialmente ressaltam a tempestividade do recurso.

Discorrem sobre a autuação, atividades exercidas, argumentos apresentados, atendimento a diligência fiscal reconhecendo a relação societária entre a Votorantim Siderurgia S.A. e a Arcelormittal Brasil S.A., julgamento pela procedência da autuação entendendo que o lançamento refere-se ao ICMS próprio e não ao ICMS-ST, desconsiderando o pagamento feito por antecipação.

Preliminarmente argumenta que o Acórdão recorrido deve ser reformado tendo em vista que realizou o recolhimento antecipado do ICMS relativo a toda cadeia de produção.

Suscita a nulidade da autuação sob o argumento de que viola o princípio da verdade material, conforme diagrama de fl. 344, que indica fornecedor localizado no Estado do Mato Grosso do Sul destinado ao estabelecimento localizado no Estado da Bahia, tendo o ICMS sido recolhido por antecipação em relação a toda cadeia de produção, até o consumidor final, em conformidade com o disposto no art. 332, § 2º do RICMS/BA, o que não foi reconhecido no julgamento.

Alega que a decisão desconsiderou os pagamentos apresentados, fazendo uma análise superficial e distorcida da realidade dos fatos, dando prevalência ao formalismo ao invés do conteúdo, exigindo que o contribuinte recorra ao Poder Judiciário, a exemplo da ementa do julgamento do REsp 1121023/SP/2010 no qual o STJ consagra observância ao princípio da verdade material (fl. 346).

Ressalta que foi realizada diligência fiscal no sentido de deduzir os valores do imposto pago, se comprovado o vínculo entre a empresa Votorantim Siderurgia S.A. e o estabelecimento autuado, o que foi negado, em razão do autuante sugerir que fosse feito pedido de restituição de indébito.

Requer que seja reconhecido a nulidade do lançamento por não observar o princípio da verdade material, nos termos do art. 142 do CTN.

Suscita a nulidade do lançamento, sob o argumento de que a descrição da infração não guarda relação com as normas tributária que o embasa, no caso os artigos 2º, I, 32, §§ 1º e 2º e 332, § 2º do RICMS/BA, que trata de dispositivos genéricos não compatíveis com a exigência fiscal violando os princípios da ampla defesa e contraditório, devendo ser reconhecido a nulidade da exigência fiscal.

No mérito, argumenta que numa análise superficial dos documentos apresentados, o julgamento de primeira instância concluiu impossibilidade de reconhecer o valor recolhido por antecipação, relativo à entrada de mercadorias no Estado da Bahia, nos termos do art. 332, § 2º do RICMS/BA.

Esclarece que ao disciplinar o assunto nas “Perguntas e Respostas” do site da SEFAZ/BA, informa que ao adquirir mercadorias em outros estados, constantes do Anexo 1 do RICMS/BA, deve recolher até o dia 25 do mês subsequente o imposto de responsabilidade do adquirente, em conformidade com o disposto no art. 332, § 2º do RICMS/BA.

Ressalta que trata se de entradas de vergalhões do Estado do Mato Grosso do Sul, que não possui acordo com o Estado da Bahia (NCM/SH 7214.2, item 8.42 do Anexo 01 do RICMS/12), motivo pelo qual recolheu o imposto de forma antecipada conforme regulamentado (art. 332, § 2º do RICMS/12) conforme documentos anexados à impugnação, a exemplo do mês 12/2016 e DAE de fl. 351.

Argumenta ainda, que a fiscalização não considerou que algumas de entradas de mercadorias comercializadas são destinadas para utilização no processo industrial, o que faz incidir o comando do art. 8º, § 8º, III da Lei nº 7.014/96, que determina expressamente não haver retenção do ICMS-ST.

Subsidiariamente, caso não acolhido os argumentos, afirma que a multa aplicada tem natureza confiscatória, motivo pelo qual pede readequação, conforme decidido o STF no RE 754.554/GO.

Requer realização de diligência ou perícia fiscal para analisar a documentação apresentada para reconhecer os erros contidos no lançamento.

Pugna pela reforma da decisão, requerendo a nulidade da autuação, ou sua improcedência, e alternativamente a realização de diligência ou perícia.

Esta 2ª CJF determinou a realização de diligência fiscal à ASTEC/CONSEF (fl. 363) no sentido de intimar o contribuinte para: **i)** apresentar demonstrativo relativo à entrada de vergalhão e que não se apropriou de crédito fiscal; **ii)** validar as operações conforme EFD; **iii)** Se comprovado o não lançamento do crédito fiscal, refazer o demonstrativo de débito.

O diligente no Parecer ASTEC nº 41/2022 (fls. 393 a 399) discorreu sobre o pedido da diligência, a metodologia aplicada mediante consulta a EFD e Portal da NFe, quanto o crédito fiscal decorrente do ingresso desta mercadoria no registro da EFD C170 e CFOP 2.102, estando as notas fiscais lançadas sem apropriação de créditos fiscais relativo ao produto vergalhão.

Concluiu que diante das constatações, foi refeito o demonstrativo de débito, deduzindo do valor lançado na infração, os montantes mensais de crédito não apropriados pela autuada, que segue impresso, parte desse relatório e gravado em arquivo eletrônico no CD anexo (fl. 438), observando o disposto no art. 309, I, “a” e § 8º do RICMS/2012, considerando o imposto destacado nas notas fiscais de aquisições corretamente calculou o ICMS sob a alíquota de 12%, fato observado na dedução dos valores dos créditos fiscais não apropriados pelo contribuinte.

Apresentou demonstrativo de débito da infração às fls. 398/399 que implicou na redução da exigência fiscal de R\$ 3.971.229,27 para R\$ 527.154,50.

Cientificado do resultado da diligência o sujeito passivo se manifestou (fls. 444 a 451), inicialmente discorre sobre a infração, enquadramento, defesa, teor da diligência fiscal e resultado que implicou na redução do débito.

Argumenta que embora tenha promovido a redução do ICMS cobrado, o demonstrativo refeito não se faz claro para compreender como se deu a redução, visto que o apurou créditos de R\$

4.141.011,36, superior ao em discussão de R\$ 3.971.229,27, mas apontou valor remanescente de R\$ 527.154,50.

Reproduz o demonstrativo elaborado pelo diligente (fl. 448) que indica os valores mensais apurado pela fiscalização, o montante dos créditos apurados e valor remanescente devido, manifestando que o montante do crédito reconhecido é suficiente para cobrir o valor exigido, sem demonstrar a origem do saldo remanescente apontado de R\$ 527.154,50.

Argumenta que na conclusão da diligência foi indicado que, “*o imposto destacado nas notas fiscais de aquisições corretamente calculou o ICMS sob a alíquota de 12%, fato observado na dedução dos valores dos créditos fiscais não apropriados pelo contribuinte*”, contudo, “*não é o que consta nos demonstrativos de cálculo, que se utilizou de alíquota superior a 12%, em desacordo com o determinado no artigo 309, inciso I, alínea “a” e § 8º, inciso II do RICMS/2012*”.

Apresenta demonstrativo à fl. 450 no qual indica que se aplicado a alíquota correta de 12%, conforme determina a legislação estadual, resultará na redução de R\$ 172.142,50.

Afirma ser imperioso retornar os autos a ASTEC para proceder os ajustes necessários, aplicando a alíquota correta de 12% sobre os débitos discutidos no processo.

Ressalta que além do exposto, verifica que o parecer deixou de considerar algumas notas fiscais, por estas não estarem cadastradas no “Portal da Nota Fiscal Eletrônica”, desconsiderando o valor do crédito fiscal, em que pese o parecer afirmar que todas as notas fiscais foram devidamente lançadas na EFD nos períodos correspondentes e compatíveis com as datas de emissão.

Alega que se todas as notas fiscais estão escrituradas na EFD, é possível a análise e verificação do direito creditório, em homenagem ao princípio da verdade material, inexistindo a irregularidade ou desconformidade com a legislação estadual, sendo possível admitir, no máximo, a existência de erro formal ou descumprimento de obrigação acessória, não justificando a glosa de crédito.

Requer: **i)** reunir o presente feito, com os PAFs nºs 2938720007/19-0 e 2938720006/19-3, para que sejam analisados e julgados em conjunto; **ii)** determinar a revisão e/ou esclarecimento quanto ao saldo remanescente de R\$ 527.154,50; **iii)** julgar integralmente procedente o Recurso Voluntário.

O autuante manifestou se à fl. 460, afirmando que nada tem a acrescentar em relação ao parecer apresentado, em cumprimento de diligência fiscal solicitada pela 2ª CJF.

Reitera o pedido de procedência da autuação, por entender que o contribuinte deu tratamento tributário diferente a uma mesma espécie de mercadoria, dificultando o controle dos estoques e acompanhamento regular das operações sujeitas à tributação pelo Fisco, além de impossibilitar a utilização do crédito fiscal pelos adquirentes industriais ou equiparados a industriais (matéria prima), conforme orienta o art. 291 do RICMS/BA, lembrando que a legislação tributária assegura ao contribuinte a restituição de impostos lançados e pagos em desacordo com a Lei.

Em função do afastamento do Conselheiro Marcelo Mattedi e Silva da 2ª CJF, este processo foi redistribuído para esse Relator.

Registra-se a presença na sessão de videoconferência, Dr. Carlos Alberto Cinelli Júnior – OAB/SP nº 336.631, no qual exerceu o direito de fala.

VOTO

O Auto de infração acusa falta de recolhimento de ICMS em razão da prática de operações tributáveis como não tributáveis, na condição de contribuinte substituto de comércio atacadista de ferragens e ferramentas, tendo como distribuidor sociedade empresária localizada no Rio de Janeiro.

No Recurso Voluntário interposto o recorrente suscitou a nulidade do Acórdão recorrido, por desconsiderar o recolhimento antecipado do ICMS relativo a toda cadeia de produção, violando o princípio da verdade material, dando prevalência ao formalismo ao invés do conteúdo.

Observo que o relator submeteu o processo a realização de diligência fiscal, cujo resultado foi dado ciência ao estabelecimento autuado, fez análise e concluiu a instrução, submetendo a julgamento no qual o julgador formou o convencimento atendendo aos fatos e circunstâncias constantes no processo, às alegações e argumentações, fez apreciação das provas e proferiu a decisão resolvendo as questões e decidiu pela procedência do lançamento do crédito tributário, tudo em conformidade com os artigos 137, 153 e 154 do RPAF/BA.

Portanto, a decisão proferida preenche os requisitos processuais e não tem amparo o pedido de nulidade da decisão, mesmo porque em obediência ao princípio da verdade material, esta 2ª CJF determinou a realização de diligência fiscal acerca da questão material (recolhimentos antecipados), cujo resultado foi dado ciência ao recorrente, se trata de questão de mérito. Inexiste o cerceamento do direito de defesa. Fica rejeitada a nulidade suscitada.

Suscitou também nulidade do lançamento, sob o argumento de que a descrição da infração não guarda relação os artigos 2º, I, 32, §§ 1º e 2º e 332, § 2º do RICMS/BA, que se trata de dispositivos genéricos, violando os princípios da ampla defesa e contraditório.

Observo que o art. 2º reporta se sobre o cadastro de contribuintes, o art. 32 trata de reativação da inscrição e o art. 332, § 2º do RICMS/BA dispõe sobre o recolhimento do tributo por antecipação, relativo a produto *enquadradas no regime de substituição tributária por contribuinte regularmente inscrito no Cadastro de Contribuinte do ICMS do Estado da Bahia*.

O sujeito passivo compreendeu e se defendeu do que foi acusado, foi realizado diligência fiscal na primeira e segunda instância do CONSEF para análise de provas juntadas com a impugnação inicial e recurso interposto contra a decisão ora recorrida, cujos resultados foi dado ciência ao sujeito passivo que se manifestou em duas oportunidades. Por isso, entendo que o saneamento do processo obedece ao disposto no art. 18, § 1º do RPAF/BA, inexistindo o cerceamento do direito de defesa alegado. Fica, também, rejeitada essa nulidade suscitada.

No mérito, o sujeito passivo alegou que exercendo a atividade de comércio atacadista promoveu o recolhimento por antecipação, relativo à entrada de mercadorias (vergalhões) originários do Estado do Mato Grosso do Sul, que não foi considerado pela fiscalização.

Esta 2ª CJF determinou a realização de diligência fiscal à ASTEC/CONSEF, que mediante consulta a EFD e Portal da NFe, constatou o recolhimento do imposto por antecipação de notas fiscais lançadas sem apropriação de créditos fiscais relativo ao produto vergalhão, o que implicou na redução do débito da infração de R\$ 3.971.229,27 para R\$ 527.154,50 (fls. 398/399).

Na manifestação acerca do resultado da diligência, em termos gerais o recorrente alegou que:

- i) O demonstrativo refeito não se faz claro para compreender como se deu a redução, visto que o apurou créditos em superior ao discutido, mas apontou valor remanescente;
- ii) o montante dos créditos apurados e valor remanescente devido, demonstra que o montante do crédito reconhecido é suficiente para cobrir o exigido de R\$ 527.154,50;
- iii) Calculou o ICMS sob a alíquota de 12%, e o diligente utilizou de alíquota superior a 12%;
- iv) O parecer não considerou NFe não cadastradas no “Portal da Nota Fiscal Eletrônica”;
- v) Reunião dos PAFs nºs 2938720007/19-0 e 2938720006/19-3, para serem julgados em conjunto.

Quanto ao pedido de conexão do julgamento em conjunto os PAFs nº 2938720007/19-0 com este processo, entendo ser razoável o que poderia ter sido feito no saneamento do processo antes do julgamento da primeira instância. Entretanto, na decisão recorrida foi apreciado que aquele auto de infração foi julgado procedente mediante Acórdão nº 0045-01/20, da mesma forma que esse no Acórdão nº 0304-06/21-VD, e apesar de se tratar do mesmo contribuinte, se trata de matérias não coincidentes, visto que neste processo é exigido o ICMS próprio e naquele o ICMS-ST devido por substituição. Portanto, fica indeferido o pedido de conexão dos processos.

No tocante ao argumento de que o diligente da ASTEC apurou créditos em valor superior ao remanescente, observo que no demonstrativo analítico de fls. 398/398, o diligente relacionou o total dos valores exigidos pela fiscalização que totaliza R\$ 3.971.229,27, e deduziu o montante de créditos consignados nas notas fiscais de aquisição totalizando R\$ 4.141.011,36 (que foi utilizado no cálculo do ICMS-ST e não lançado na EFD) e nos meses em que o montante dos créditos foi superior ao exigido, indicou valor zero. Tomando por exemplo o mês 01/2016, foi exigido R\$ 152.206,29 e o montante de crédito não utilizado (compensado no cálculo do ICMS-ST) totalizou R\$ 185.960,57, o que resultou em valor remanescente zero. Já no mês 02/2016, foi exigido R\$ 208.889,23 e o montante dos créditos foi de R\$ 153.046,20, indicando valor remanescente de R\$ 55.843,03.

Considero correta a metodologia adotada pelo diligente, tendo em vista que a exigência fiscal refere-se a práticas de operações tributáveis como não tributáveis nas saídas de mercadorias e atendendo à solicitação desta 2ª CJF, foi deduzido os valores dos créditos fiscais pertinentes as notas fiscais de aquisição de vergalhões (produto sujeito a ST) que o contribuinte alegou ter pago o ICMS-ST e não lançou na escrituração os créditos fiscais correspondentes (usado no cálculo do ICMS-ST).

Portanto, não procede o argumento de que o montante dos créditos apurados supera os débitos exigidos na saída, visto que o comparativo lógico foi manter o valor remanescente do ICMS não debitado do ICMS próprio, relativo as entradas que não promoveu a antecipação do ICMS-ST, remanescendo valor devido de R\$ 527.154,50;

Quanto ao argumento de que o diligente calculou o ICMS pela alíquota superior 12%, constato que no demonstrativo analítico de fls. 400 a 436, os cálculos feitos pelo diligente indicam aplicação da alíquota de 12%, tendo apenas indicado no demonstrativo de fls. 399, valor correspondente a alíquota de 17% ou 18%.

Tomando por exemplo o mês 02/2016, no demonstrativo analítico de fls. 403 foi apurado créditos de R\$ 208.889,23 pela alíquota de 12% no demonstrativo de fl. 399-A, foi deduzido o valor exigido pela fiscalização de R\$ 153.046,20, apurando valor remanescente de R\$ 55.843,03, valor este que foi indicado no demonstrativo de débito de fl. 399 com alíquota correspondente de 17% e base de cálculo de R\$ 328.488,39. Portanto, embora o recorrente não tenha compreendido a metodologia da apuração dos valores remanescentes demonstra que o imposto foi apurado a alíquota de 12% e no demonstrativo de débito, equacionado a alíquota de 17%. Entendo estar correto o procedimento.

Relativamente ao argumento de que não considerou as NFes não cadastradas no “Portal da Nota Fiscal Eletrônica”, constato que no demonstrativo de fls. 400 a 436 o diligente relacionou as notas fiscais registradas no Portal da NFe e as que foram lançadas na EFD do estabelecimento autuado. Como a EFD foi elaborada e transmitida pelo estabelecimento autuado, sendo de sua posse, além da alegação deveria indicar as NFes que argumentou não ter sido cadastrada no Portal da NFe e apresentar a NFe correspondente.

Como a parte não comprovou fato controverso com elemento probatório de que dispõe, importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária e a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal nos termos dos artigos 142 e 143 do RPAF/BA. Por isso, não acato a alegação por falta de provas.

Por tudo que foi exposto, o Recurso Voluntário é PROVIDO PARCIALMENTE, com redução do débito de R\$ 3.971.229,27 para R\$ 527.154,50 de acordo com o demonstrativo de débito de fls. 398 e 399, abaixo reproduzido.

D.Ocorrência	D.Vencimento	Base de Cálculo (R\$)	Alíq. %	Multa	Valor Histórico (R\$)
29/02/2016	09/03/2016	328.488,39	17,00	60,00	55.843,03
30/04/2016	09/05/2016	160.868,35	18,00	60,00	28.956,30
31/07/2016	09/08/2016	258.483,75	18,00	60,00	46.527,07
30/09/2016	09/10/2016	154.120,82	18,00	60,00	27.741,75
30/11/2016	09/12/2016	176.385,19	18,00	60,00	31.749,33
31/03/2017	09/04/2017	104.686,86	17,00	60,00	17.796,77

31/05/2017	09/06/2017	62.155,12	18,00	60,00	11.187,92
31/07/2017	09/08/2017	352.069,80	18,00	60,00	63.372,56
31/08/2017	09/09/2017	169.305,12	18,00	60,00	30.474,92
30/09/2017	09/10/2017	146.400,00	18,00	60,00	26.352,00
31/10/2017	09/11/2017	363.475,31	18,00	60,00	65.425,56
30/11/2017	09/12/2017	131.283,30	18,00	60,00	23.630,99
31/01/2018	09/02/2018	103.173,61	17,00	60,00	17.539,51
31/03/2018	09/04/2018	38.522,08	18,00	60,00	6.933,97
30/04/2018	09/05/2018	279.442,02	18,00	60,00	50.299,56
31/05/2018	09/06/2018	1.835,52	18,00	60,00	330,39
30/06/2018	09/07/2018	127.738,00	18,00	60,00	22.992,84
			Total		R\$ 527.154,50

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a 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** do Auto de Infração nº 293872.0005/19-7, lavrado contra ARCELORMITTAL SUL FLUMINENSE S/A., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 527.154,50**, somado da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das sessões do CONSEF, 14 de junho de 2023.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

MARCELO CARDOSO DE ALMEIDA MACHADO - REPR. DA PGE/PROFIS