

A. I. Nº - 207098.0013/22-6
AUTUADO - ARCELORMITTAL BRASIL S. A.
AUTUANTE - ADEMILSON BARNABÉ DA SILVA
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 17/08/2023

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0138-03/23-VD**

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO 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 internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado. Autuado não apresentou comprovação de que reteve e recolheu o imposto devido. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de diligência fiscal e perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 15/12/2022, refere-se à exigência de R\$ 295.620,69 de ICMS, acrescida da multa de 60%, em decorrência da seguinte irregularidade:

Infração 01 – 007.002.003: Falta de 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, nos meses de agosto de 2018 a dezembro de 2019.

Consta, na descrição dos fatos, que o contribuinte efetuou operações de saídas de mercadorias tributadas sujeitas à substituição tributária para contribuintes do imposto, sendo este na qualidade de contribuinte substituto, sem a retenção do ICMS ST, conforme demonstrativos constantes nos Anexos I e II e cópia por amostragem de DANFes de Notas Fiscais emitidas, relativamente aos exercícios de 2018 e 2019.

O Autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 122 a 140 do PAF. Comenta sobre a tempestividade da defesa e informa que é pessoa jurídica de Direito Privado, sendo que por intermédio de seu estabelecimento autuado possui a atividade principal de comércio atacadista especializado de materiais de construção, conforme se infere de seus documentos societários (Doc. anexo), e nesta qualidade, está obrigado ao pagamento do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS, apurado através do regime de débito e crédito, bem como ao regime de ICMS sob a sistemática de substituição tributária em relação a alguns dos seus produtos comercializados.

Afirma que o trabalho fiscal, em que pese todo o respeito que lhe é merecedor, partiu de uma análise subjetiva de presunção equivocada das operações auditadas, bem como de critérios inequivocamente distorcidos da legislação aplicável, devendo esse órgão julgador determinar a insubsistência do lançamento. Pede a nulidade da autuação, alegando ausência de delimitação da matéria tributável, destacando que conforme se observa do Relatório Fiscal, o Autuante entendeu que o Impugnante não teria efetuado o recolhimento do ICMS ST, partindo a fiscalização de análise, em que pese todo o respeito do qual seja merecedor o trabalho fiscal, não condizente com o rigor necessário ao tipo de ato administrativo em questão e incompatível com as normas a que o ato de lançamento está sujeito.

Alega que a fiscalização partiu de pressupostos subjetivos e presunçosos com relação à infração que compõe o Auto de Infração em epígrafe, haja vista que os fundamentos da fiscalização partiu do pressuposto de que as vendas realizadas para clientes contribuintes do ICMS demonstradas na planilha de autuação, diante de determinados CNAEs, haveria uma sucessiva operação de revenda, em relação à qual a responsabilidade pelo recolhimento do imposto devido seria do Impugnante, na qualidade de substituto tributário.

Considerando que o seu objeto social consiste na venda de materiais de construção civil e que transacionou com alguns contribuintes que também revendem itens desse ramo de atividade, diz que a fiscalização partiu da presunção no sentido de que haveria automaticamente uma sucessiva operação de revenda cuja responsabilidade pelo recolhimento do ICMS ST seria do Autuado e, inclusive, inseriu neste meio, contribuintes que as adquiriram para aplicação em industrialização (fabricação de lajes pré-moldadas).

Afirma que será demonstrado nas razões da defesa, as *presunções* acima – de que determinados clientes não são consumidores finais e outros são clientes que adquiriram mercadorias com o intuito de revenda – não se confirma no tocante a substancial parcela das operações.

Sendo evidente que, nas circunstâncias *supra* – consumo próprio ou utilização em processo de industrialização –, não há sucessiva operação de revenda que enseje a antecipação do ICMS pelo Impugnante, na qualidade de substituto tributário, o que também será exaustivamente trabalhado nas razões da defesa, a autuação ora questionada, perde toda a sua sustentação.

Para se evitar os equívocos acima apontados, ressalta que a legislação tributária é extremamente rigorosa ao tratar dos atos de lançamento e exige da autoridade competente que a mesma esgote, à exaustão, todos os elementos inerentes à obrigação tributária, afastando-se todo e qualquer tipo de incerteza ou presunção.

Registra que o artigo 142 do Código Tributário Nacional (CTN) determina que a atividade de lançamento é vinculada (*“a atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória”*), o que significa dizer que o Fisco está obrigado a efetuar o lançamento nas estritas hipóteses definidas em lei, e nos seus exatos termos, como, aliás, decorre dos princípios da legalidade estrita (art. 5, II e art. 150, I, da CR/88) e da moralidade/motivação (art. 37, *caput*, CR/88).

Acrescenta: *“por mais que o lançamento goze de presunção relativa (iuris tantum), não é lícito à Autoridade Fiscal utilizar o ato de lançamento como meio transferência de sua competência / ônus legal de fiscalização e delimitação da matéria tributável para o contribuinte”*.

Conclui que ante a evidente superficialidade com a qual foi conduzido o trabalho de fiscalização que ensejou a presente autuação, em sede de preliminar, requer que esse Órgão Julgador reconheça a nulidade do lançamento ora objurgado.

Antes de adentrar às razões de mérito, frisa que pretende fazer prova de seus argumentos lançados com base em documentação contábil, em especial através da consulta às atividades econômicas praticadas por seus clientes envolvidos nas operações objeto da autuação e nas próprias declarações por eles prestadas, atestando qual foi a destinação dada para as mercadorias adquiridas.

Informa que acompanha a defesa, cópia dos documentos, que foi reunida por amostragem, o que não inviabiliza, a possibilidade de apresentação de quaisquer outros documentos adquiridos ao longo do contencioso administrativo.

Ressalta que, por força do princípio da verdade material, recepcionado pela legislação que dita o processo administrativo, no Estado da Bahia, no artigo 2º do RPAF-BA, Lei nº 7.629/1999, desde já, requer que lhe seja franqueada a oportunidade de apresentar, ao menos até o julgamento em primeira instância, documentação complementar que possa corroborar com os seus argumentos.

Caso a Autoridade Julgadora entenda como necessária a apresentação de alguma documentação complementar ao seu convencimento, também por força do precitado princípio, desde já, fica à disposição para apresentar os documentos solicitados.

Superadas as questões introdutórias acima abordadas, passa a expor as razões que evidenciam a impropriedade da autuação.

Frisa que o regime jurídico aplicável e que deve ser observado para se aferir a legitimidade da tributação é aquele vigente sob a figura do substituído, o qual, em tese, seria responsável pela realização da operação futura tratada como fato gerador e cuja responsabilidade pelo recolhimento devido é transferida ao substituto. Nesse sentido, menciona ensinamentos de Heleno Taveira Torres.

Afirma que conforme será a seguir evidenciado e ao decorrer do processo, a rigor do regime jurídico aplicável às operações subsequentes à venda que promove, estas se encontram evidentemente afastadas do campo de incidência do imposto, seja pela natureza dos seus clientes, seja pela própria inexistência de operação subsequente.

Alega que dentre as operações objeto de exigência do ICMS ST, na presente autuação, foram relacionadas vendas de mercadorias que, pela natureza dos seus clientes e das atividades prestadas por estes, por si só, estão inequivocamente afastadas da sistemática de recolhimento do ICMS e da sistemática de substituição tributária, uma vez que sequer existem operações internas subsequentes e passíveis de tributação, ainda que de forma antecipada. Vendas para clientes alheios à sistemática de recolhimento do ICMS (pessoas físicas, pessoas jurídicas não contribuintes do imposto e consumidor final).

Ou seja, uma vez que o regime aplicável ao regime do ICMS ST é aquele incidente sobre as supostas operações subsequentes e cuja ocorrência é presumida, inexistindo operações posteriores, ou caso as mesmas estejam afastadas do campo de incidência do imposto, não há, portanto, tributo a ser antecipado, conseqüentemente, dever de submissão do Impugnante ao regime em questão na qualidade de substituto tributário.

Afirma que todas as operações destinadas a pessoas físicas, uma vez não apresentada prova robusta, tampouco tendo sido analisadas as destinações das mercadorias adquiridas, não podem simplesmente ser presumíveis, até porque, assim sendo, deveriam ser classificadas como vendas destinadas a consumidor final.

Afirma que é patente a ilegitimidade das exigências recaídas sobre operações de remessa de mercadorias para pessoas jurídicas, ainda que contribuintes do imposto, em situações em que a mercadoria adquirida foi utilizada para consumo próprio do cliente (consumidor final), sem que haja saída subsequente. Vendas para clientes pessoas jurídicas consumidoras finais (Mercadoria sujeita à ST, mas operação canal 40 é venda para consumo).

Assim como na hipótese das pessoas físicas, nas hipóteses em questão, inexistente operação subsequente alcançada pelo campo de incidência do ICMS, portanto, não podem ser tratados como sujeito passivo do imposto, em especial por não terem o condão de realizar o fato gerador, seja, porque, conforme já frisado, as mercadorias adquiridas foram utilizadas para consumo próprio dos adquirentes.

À guisa de exemplo, diz que é possível identificar que o adquirente, cujo nome fantasia é “MADEIREIRA E DEPOSITO CAJAZEIRAS”, inscrito no CNPJ sob o nº 29.604.764/0001-78, realizou operações de aquisição, sendo que todas foram realizadas através do sobredito canal 40 – uso, consumo ou ativo fixo – de forma seu responsável legal apresentou declaração pessoal quanto à aplicação do material (*Doc. Anexo*).

DECLARAÇÃO DE APLICAÇÃO DO MATERIAL

VANESSA PEREIRA DE SOUSA, situado na **RUA DEPUTADO HERCULANO MENEZES, 190, CAJAZEIRAS, SALVADOR, CEP: 41335-400** inscrito no CNPJ sob o n.º 29604764000178 e no Estado da Bahia através da Inscrição Estadual sob n.º 146389270, por seu representante legal abaixo assinado, **DECLARA** ao **FORNECEDOR ARCELORMITTAL BRASIL S/A**, de forma expressa, sob as penas da Lei, que a empresa adquiriu a mercadoria correspondente as notas fiscais e materiais abaixo descritos com a finalidade de **uso/consumo em obra realizada pela empresa.**

Data	NF	Descrição	NCM
11/06/2019	19795	CA50 10.00 MM RETO 12.0 M FX 2500 KG	72142000
11/06/2019	19795	CA50 12.50 MM RETO 12.0M 2.5T BP/DISTRIB	72142000
29/06/2019	20899	CA50 8.00 MM RETO 12.0 M FX 2500 KG	72142000
29/06/2019	20899	CA50 10.00MM RETO 12.0M FX 2000KG VT	72142000
29/06/2019	20899	CA50 12.50 MM RETO 12.0M 2.5T BP/DISTRIB	72142000
29/06/2019	20899	CA60 4.20 NERV RETO 12.0 M FX 2500 KG	72131000

Sem mais para o momento.

Atenciosamente.

Salvador, 03 de fevereiro de 2023

Vanessa Pereira de Sousa
CNPJ: 29.604.764/0001-78

VANESSA PEREIRA DE SOUSA
CNPJ: 29604764000178 I.E: 146389270

Afirma que o mesmo ocorreu no caso do adquirente, cujo nome fantasia é “BRITOCAR”, inscrito no CNPJ sob o nº 00.080.327/0001-10, que também apresentou declaração pessoal quanto à aplicação do material (Doc. Anexo), sendo que todas operações foram realizadas através do sobredito canal 40 – uso, consumo ou ativo fixo.

Com base nas razões acima, conclui que deve ser extirpado do lançamento as exigências que tenham relação com remessas de mercadorias para clientes pessoas jurídicas consumidoras finais.

DECLARAÇÃO DE APLICAÇÃO DO MATERIAL

BRITOCAR COM FERRO MATS CONSTR LTDA, situado na **AV AMELIA AMADO, 362, CENTRO, ITABUNA, CEP: 45600-033** inscrito no CNPJ sob o n.º 00080327000110 e no Estado da Bahia através da Inscrição Estadual sob n.º 39492553, por seu representante legal abaixo assinado, **DECLARA** ao **FORNECEDOR ARCELORMITTAL BRASIL S/A**, de forma expressa, sob as penas da Lei, que a empresa adquiriu a mercadoria correspondente as notas fiscais listadas abaixo, com finalidade de **CONSUMO**.

Data	NF	Descrição	NCM
23/12/2019	35419	TELHA ALZN TP40 0.43 X 1074 MTL	73089090

Sem mais para o momento.

Atenciosamente.

Salvador, 01 de fevereiro de 2023

Também alega que não pode prevalecer o lançamento no tocante à exigência do ICMS ST nas operações de venda de mercadorias para consumo no processo de industrialização dos seus clientes. Vendas de mercadorias utilizadas em processo de industrialização (Mercadoria sujeita à ST, mas operação canal 20 é venda para industrialização).

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

Diz que se percebe que em razão da forma como realizado o trabalho fiscal que ensejou o lançamento, ora questionado, o mesmo acabou contrariando, novamente, as regras claras que norteiam o instituto da substituição tributária, o que deve ser afastado por esse órgão julgador, por inexistência do dever de recolher o ICMS-ST pela aquisição da mercadoria para utilização como insumo no processo de industrialização.

Assim, com relação às operações de venda de mercadorias para consumo no processo de industrialização de seus clientes, amparada no princípio da verdade material citado anteriormente, apresenta, por amostragem, alguns exemplos de adquirentes das mercadorias, cujas atividades principais ou secundárias se destinam à *“Fabricação de estruturas pré-moldadas de concreto armado, em série e sob encomenda”*, isto é, atuam na fabricação de *“lajes pré-moldadas”*.

Informa que é o caso do adquirente *“P&C PREMOLDADOS”*, inscrito no CNPJ sob o nº 30.050.012/0001-91, que praticou operações de compra de mercadorias. Mesmo que seu CNAE principal seja descrito como varejista de materiais de construção em geral, diz que não se pode ignorar o fato de que tal adquirente também desenvolve atividades de industrialização/fabricação.

Também informa que o adquirente ainda firmou, de próprio cunho, declaração pessoal quanto à aplicação do material, corroborando que as mercadorias adquiridas foram compradas com a finalidade de industrialização.

DECLARAÇÃO DE APLICAÇÃO DO MATERIAL

REINALDO DE JESUS COSTA NEVES, situado na RUA ARLINDO RIBEIRO, 398, GRAVITO, CATU, CEP: 48110-000 inscrito no CNPJ sob o n.º 30050012000191 e no Estado da Bahia através da Inscrição Estadual sob n.º 147647173, por seu representante legal abaixo assinado, **DECLARA** ao FORNECEDOR **ARCELORMITTAL BRASIL S/A**, de forma expressa, sob as penas da Lei, que a empresa adquiriu a mercadoria correspondente as notas fiscais listadas abaixo, com finalidade de **industrialização**, conforme atividade secundária **2330301 - Fabricação de estruturas pré-moldadas de concreto armado, em série e sob encomenda** devidamente cadastrada junto a SEFAZ-BA.

Data	NF	Descrição	NCM
20/09/2019	27805	TELA SOLDADA EQ045 2.000 M 3.00 M	73142000
20/09/2019	27805	TRELIÇA TB 8L 12 DM FX-60 / TR 08644	73084000
27/12/2019	35755	TRELIÇA TB 8L 12 DM FX-60 / TR 08644	73084000
27/12/2019	35755	CASO 8.00 MM RETO 12 DM 2 ST BP/DISTRIB	72142000

Sem mais para o momento.

Atenciosamente,

Salvador, 01 de fevereiro de 2023

REINALDO DE JESUS COSTA NEVES
CNPJ 30050012000191 I.E: 147647173

Reinaldo de Jesus Costa Neves

Alega que, de igual maneira, o adquirente “ALBERTO JOSE DOS SANTOS DE CATU”, inscrito no CNPJ sob o nº 05.219.393/0001-42, que praticou operações de compra no período, cujo desempenho de suas atividades também engloba a sobredita “*Fabricação de estruturas pré-moldadas de concreto armado, em série e sob encomenda*”, também apresentou declaração pessoal quanto à aplicação do material.

Para os demais clientes, informa que colaciona, em anexo à Impugnação, todas as declarações fornecidas por parte dos adquirentes, que atestam a aplicação dos materiais adquiridos em processo de industrialização, uma vez que destinados à fabricação de lajes e estruturas de concreto pré-moldadas, por exemplo.

Conclui que em relação às operações de remessa de mercadorias para industrialização, merece ser revisado o lançamento, uma vez que as mesmas estão afastadas do regime de ICMS ST e o Impugnante faz jus, pois, à redução da base de cálculo do imposto.

Não obstante os argumentos acima expostos, afirma que é possível identificar, ainda, que existiram operações, ocorridas ao longo do período autuado, com mercadorias cujo NCM não se submete à sistemática da substituição tributária, seja porque o próprio adquirente é substituto tributário, atraindo a responsabilidade pela retenção do imposto. Cliente Substituto Tributário e NCMs fora do rol da substituição tributária (Decreto nº 7.799/00 – Art. 7º B – Regime Especial).

Para a primeira situação, informa que deu saída, através de duas operações, no exercício de 2019, dos produtos “AR COB MIG/MAG 1.20 KK 18kg RC BME-C4” e “AR COB MIG/MAG 1.00 KK 18kg RC BME-C4”, classificados através da NCM 7229.20.00.

Alega que ao se analisar a nomenclatura envolvida em tais operações, é possível perceber que a NCM em comento não faz parte do rol de mercadoria sujeita à sistemática da substituição tributária, uma vez que não está elencada no ANEXO 1, do RICMS/BA, com vigência ao longo do ano em questão, nos itens referentes aos “*materiais de construção e congêneres*”.

Analisando as NCMs dos produtos, sujeitos às operações praticadas ao longo do período autuado, é possível notar que, para as operações acima mencionadas, os produtos comercializados não atraíam a responsabilidade de retenção do imposto, razão pela qual não merece subsistir a autuação nesta parcela.

De igual maneira, também não merece subsistir a autuação sobre as operações praticadas cujo nome fantasia é “HIPERFERRO”, à medida em que, ao referido destinatário, resta imposta a qualidade de *substituto tributário*.

Transcreve o art. 7ºB, do Decreto 7.799/00:

Art. 7º-B. Nos recebimentos de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, procedentes de outra unidade da Federação ou do exterior, o estabelecimento comercial atacadista ou central de distribuição, na qualidade de responsável pela antecipação tributária na entrada neste Estado ou nas hipóteses em que acordo interestadual permita o deslocamento da responsabilidade pela antecipação tributária ao destinatário, poderá, mediante concessão de regime especial, ficar responsável pela retenção e recolhimento do ICMS devido por substituição tributária nas saídas internas subsequentes.

Alega que foi a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS devido por substituição tributária, mediante termos de acordo de regime especial celebrados (*Docs. Anexos*), efetua o adimplemento de suas obrigações, contudo, é certo que nas situações em que o destinatário da mercadoria seja enquadrado como substituto tributário, a ele recai a obrigação quanto ao recolhimento do imposto.

Diz que a sistemática da substituição tributária desloca o aspecto temporal do fato gerador do imposto, de forma a antecipar o seu recolhimento. E, uma vez que o destinatário se impõe na relação como substituto responsável, a ele era atribuída a responsabilidade pelo consequente recolhimento da exação.

Para tanto, é possível constatar, analisando os dados adicionais das NF-e, constando a informação pertinente ao “*termo de Acordo Decreto 7799/00 art. 7º B c/c Processo nº03873520152*”, nas operações abaixo relacionadas.

Data	NF	Código	Descrição
29/03/2019	14248	254031	TELHA ALZN TP40 0.43 X 1074 MTL
29/03/2019	14250	254031	TELHA ALZN TP40 0.43 X 1074 MTL
29/03/2019	14251	254031	TELHA ALZN TP40 0.43 X 1074 MTL
29/03/2019	14254	254031	TELHA ALZN TP40 0.43 X 1074 MTL
30/04/2019	16641	254031	TELHA ALZN TP40 0.43 X 1074 MTL
30/04/2019	16642	254031	TELHA ALZN TP40 0.43 X 1074 MTL
30/04/2019	16643	254031	TELHA ALZN TP40 0.43 X 1074 MTL
30/04/2019	16644	254031	TELHA ALZN TP40 0.43 X 1074 MTL

Pelo exposto, também nesta parcela, pede que seja reconhecida a insubsistência integral da infração.

Nos termos do artigo 123, § 3º, do RPAF-BA, Decreto nº 7.629/1999, que disciplina o processo tributário administrativo estadual, “a depender da evidência de erros ou da complexidade da matéria em questão, a defesa poderá requerer a realização de diligência ou perícia fiscal, nos termos do art. 145”, enquanto que o artigo 145 do mesmo diploma legal dispõe que “O interessado, ao solicitar a produção de prova ou a realização de diligência ou perícia fiscal, deverá, no pedido, fundamentar a sua necessidade”.

Afirma que no caso em exame, conforme demonstrado pela vasta argumentação acima, grande parcela da autuação decorreu da metodologia e análise superficial realizada pela auditoria fiscal em relação às operações de remessa de mercadorias ao Estado da Bahia, não se atentando a auditoria para a natureza das operações, dentre esses:

- 1) Tratou como sujeita ao ICMS ST a remessa de mercadorias destinadas à industrialização;
- 2) Tratou como sujeita ao ICMS ST a remessa de mercadorias destinadas ao uso e consumo pelo adquirente;
- 3) Tratou como sujeita ao ICMS ST a remessa de mercadorias cujas NCMs não estavam sujeitas ao rol da substituição tributária, ou cujo adquirente era substituto tributário.

Para a completa compreensão da matéria e deslinde do feito entende ser necessário realizar uma nova análise detalhada e precisa de todas as notas fiscais objeto da autuação, revisando o trabalho da auditoria fiscal, operação a operação, a fim de que seja analisada se alguma das situações acima destacadas acabou por comprometer as conclusões da auditoria, o que, consoante documentação, por amostragem, já acostada aos autos ocorreram de forma inequívoca.

Diz que no caso em tela, a autuação remonta a diversas operações, tornando-se claramente impossível ao Impugnante provar o alegado tão somente com base em documentação à sua disposição, ou mediante a recomposição de todo o cálculo que embasa o lançamento para cada umas das operações envolvidas.

Atendendo ao artigo 145 do RPAF, requer seja deferida a realização de perícia / diligência, com base na fundamentação acima, apresentando, para tanto, os quesitos a serem respondidos pelo auditor responsável.

Para tanto, nomeia como assistente técnica, a Sra. Nathália Mantese Rheinheimer, advogada, OAB/RS 76.199, com endereço profissional na Av. Fernandes da Cunha, 633, Mares, CEP 40445-200, Salvador/BA e telefones de contato 71 4009 8516 / 71 98398 9111 e com o seguinte endereço eletrônico: nathalia.rheinheimer@arcelormittal.com.br.

Por fim, em se prevalecendo as exigências fiscais, alega que deve ser afastada ao menos no que se refere à multa imposta no importe de 60% (sessenta por cento) das exações tidas por devidas, à teor da cláusula constitucional que veda o efeito confiscatório (art. 150, IV).

Diz que o legislador constituinte se referiu à obrigação tributária principal e não especificamente ao tributo, o que conduz a uma interpretação extensiva que autoriza a aplicação do princípio em tela para as penalidades (multas). Sobretudo porque, qualquer que seja a origem de uma determinada sanção administrativa, deve esta atender ao requisito da *proporcionalidade* (um dos aspectos do princípio da *razoabilidade*, emanado do art. 5º, LIV, da Constituição Federal).

Sobre este tema, menciona que o Supremo Tribunal Federal se manifestou em várias oportunidades no sentido de que as multas na seara fiscal devem sofrer limitação quantitativa em homenagem à garantia do não confisco.

Quando a multa agride desproporcionalmente o patrimônio do contribuinte, caracteriza-se a exigência como confisco indireto e, por isso, deve ser afastada, em sede de pedido sucessivo, o que espera ver reconhecido.

Isto posto, reiterando o pedido de produção de prova pericial, supra, requer o conhecimento e o provimento da Impugnação, a fim de que seja reconhecida a insubsistência do crédito tributário em referência e extinto o presente auto de infração, ou, sucessivamente, seja reduzido o valor da multa exigida para patamares razoáveis e que respeitem a vedação ao efeito de confisco, nos termos do argumento desenvolvido nos itens acima.

Requer, por fim, que todas as intimações sejam direcionadas à empresa, ao seu departamento jurídico, situado na Av. Carandaí, 1115 - 25º andar, CEP: 30130-915 - Belo Horizonte - MG – Brasil, e-mail: notificacao.juridico@arcelormittal.com.br), sob pena de nulidade.

O Autuante presta informação fiscal às fls. 200 a 211 dos autos. Diz que o Defendente alegou que o trabalho fiscal partiu de uma análise subjetiva, de presunção equivocada das operações auditadas, bem como de créditos equivocadamente distorcidos da legislação aplicável.

Registra que o Autuado suscitou a nulidade do Auto de Infração alegando ausência de delimitação da matéria tributável. Entende que as alegações defensivas não se sustentam pelas seguintes razões:

1. Todas as mercadorias constantes nos demonstrativos que lastreiam a Infração 01 estão relacionadas no item 8.0 – MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO E CONGÊNERES, Anexo 1 do RICMS-BA.
2. Todos os adquirentes ou compradores das referidas mercadorias – material de construção e congêneres – constantes dos citados demonstrativos, possuem como atividade econômica inserida no cadastro de contribuintes do ICMS, a atividade de comércio varejista ou atacadista de material para construção, conforme extrato da situação cadastral de cada contribuinte adquirente, obtido do cadastro de contribuinte do ICMS da SEFAZ-BA, visualizado no INC – Sistema de Informação do Contribuinte, coligidos no PAF, fls. 74 a 111.
3. Não cabe ao preposto fiscal, como pretende o Defendente, intimar os diversos compradores dos produtos vendidos pelo Autuado para saber qual a destinação que cada um dará aos produtos adquiridos, se para revenda ou para outra finalidade.

Apresenta o entendimento de que as razões apresentadas pelo Autuado, em nenhuma hipótese, justificam o seu pedido de nulidade da autuação por ausência de delimitação de matéria tributária, haja vista que, quando do lançamento, foi descrita com precisão a infração cometida, contrárias à norma legal, indicando os artigos infringidos, a previsão da multa sugerida, os prazos para interposição de defesa, ou usufruto do benefício de redução dos percentuais de multa, além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida nos arts. 142 do CTN e 129 do COTEB e 39 do RPAF/99, preenchendo todos os requisitos de validade sob o aspecto formal.

Diz que o Defendente discorre sobre aspectos legais da Substituição Tributária, tema amplamente de conhecimento de todos os envolvidos nesta matéria tributária. Em relação às vendas para clientes alheios à sistemática de recolhimento do ICMS (pessoas físicas, pessoas jurídicas não contribuintes do imposto e consumidor final), reproduz a alegação de que o regime jurídico aplicável ao regime do ICMS ST é aquele incidente sobre as supostas operações subsequentes e cuja ocorrência é presumida, inexistindo operações posteriores, ou caso as mesmas estejam afastadas do campo de incidência do imposto, não há tributo a ser antecipado, consequentemente, dever de submissão do impugnante ao regime em questão na qualidade de substituto tributário.

Mais uma vez, discorda dos argumentos defensivos no item acima, afirmando que não constam nos demonstrativos da infração qualquer cobrança de retenção do ICMS pelo autuado, figurando como substituto tributário, nas vendas destinadas a pessoas físicas e para pessoas jurídicas não contribuintes do imposto ou para consumidor final.

Diz que a cobrança da falta de retenção do ICMS da substituição tributária ocorreu nas vendas para contribuintes do ICMS com atividade econômica de comércio de material para construção, conforme comprovação de ficha de situação cadastral de cada adquirente anexa ao PAF.

Acrescenta que o Autuado não apresentou comprovação documental de suas alegações, ou seja, não indicou quais operações realizadas com pessoas físicas e/ou não contribuintes do imposto estão relacionadas nos demonstrativos da Infração 01, onde supostamente houve a cobrança indevida da falta de retenção do ICMS ST.

Quanto às vendas para clientes pessoas jurídicas consumidoras finais (mercadoria sujeita à ST, mas operação canal 40, venda para consumo), diz que o defendente alega ilegitimidade das exigências recaídas sobre operações de remessa de mercadorias para pessoas jurídicas, ainda que contribuintes do imposto em situações em que a mercadoria adquirida do impugnante foi utilizada para consumo próprio do cliente (consumidor final) sem que haja saída subsequente.

Diz que o autuado cita como exemplo, o adquirente cujo nome fantasia é “MADEIREIRA E DEPÓSITO CAJAZEIRAS”, inscrito no CNPJ sob o nº 29.604.764/0001-78, que realizou operações de aquisição, sendo que todas foram realizadas através do sobredito canal 40 – uso, consumo ou ativo fixo – de forma que o responsável legal apresentou declaração pessoal quanto à aplicação do material.

Para comprovação do alegado, o Autuado anexa ao PAF uma declaração do adquirente informando sobre a aplicação dos materiais adquiridos.

Também informa que o mesmo ocorreu no caso do adquirente cujo nome fantasia é “BRITOCAR”, inscrito no CNPJ sob o nº 00.080.327/0001-10, que também apresentou declaração pessoal quanto à aplicação do material, sendo que todas operações foram realizadas através do sobredito canal 40 – uso, consumo ou ativo fixo.

Diz que o Defendente insiste na tese de que a retenção do ICMS ST, pressupõe que o vendedor saiba antecipadamente, no momento da venda do material, qual a destinação que o adquirente dará ao material adquirido. Tal assertiva pode até ser considerada quando o adquirente for pessoa física (consumidor final) pessoa jurídica não contribuinte do ICMS, quando o adquirente desenvolver exclusivamente atividade de fabricação, industrialização ou prestação de serviço sujeito apenas a incidência do ISS em suas operações comerciais.

Afirma que todos os adquirentes das mercadorias cujas operações estão sujeitas à substituição tributária, conforme comprovado anteriormente, possuem atividades econômicas de comércio varejista ou atacadista de material para construção.

Sendo assim, a legislação vigente exige a concretização da retenção do ICMS ST pelo substituto tributário, no caso do vendedor (autuado) que é filial de indústria, equiparado a industrial no tocante à responsabilidade pela retenção do ICMS ST nos casos mencionados.

Acrescenta que a regra constante na Lei 7.014/96, estabelece que sendo o alienante (vendedor), estabelecimento filial atacadista situado neste Estado, nos casos de transferência de mercadorias de estabelecimento industrial ou de suas filiais atacadista neste ou em outra unidade da Federação, fica o destinatário responsável pela retenção do imposto referente a operações internas subsequentes (conforme art. 8º, § 8º, inciso I da citada Lei Estadual).

Neste sentido, os adquirentes que possuem atividades econômicas de comércio varejista e/ou atacadista, estão aptos a praticar operações internas subsequentes para outros comerciantes ou para consumidor final.

Quando o adquirente destina a mercadoria adquirida para outra condição que não a revenda, por exemplo, utilização como insumo, uso e consumo, imobilizado, etc. diz que a legislação concede ao mesmo, oportunidade de se ressarcir do imposto anteriormente cobrado (retido pelo substituto tributário), conforme ressalva contida no art. 12 da citada Lei.

Afirma que caberia ao adquirente que sofreu a cobrança antecipada do imposto, cujo objetivo de revenda não se concretizou, por decisão própria, prover os meios de obter o direito à restituição do valor pago por força da substituição tributária, que poderá ocorrer sob a forma de crédito fiscal, sendo este contribuinte com apuração normal do imposto ou em espécie sendo este dispensado da apuração normal do imposto.

Destaca que em nenhum momento a legislação exige que no ato da compra o destinatário declare para o vendedor qual a destinação futura das mercadorias adquiridas, quando o mesmo proclama em seu Contrato Social que seu objetivo, dentre outros, é a comercialização de material para construção, no caso em discussão. Apresenta a consulta do histórico de atividades econômicas dos exemplos apresentados pelo Autuado.

Conclui que restou comprovado que as alegações defensivas não se sustentam, muito menos as declarações (padronizadas) apresentadas de supostos adquirentes, assinadas no ano em custo (2023), relativamente às compras realizadas em 2019, uma vez que todos os adquirentes do exemplo possuem atividades econômicas de comércio de materiais de construção e congêneres, bem como os demais adquirentes constantes do demonstrativo fiscal.

Quanto às vendas de mercadorias utilizadas em processo de industrialização, diz que o Defendente mencionou o art. 8º, § 8º, III da Lei nº 7.014/96, apresentando, por amostragem, alguns exemplos de adquirentes das mercadorias, cujas atividades principais ou secundárias se destinam à “fabricação de estruturas pré-moldadas de concreto armado, em série e sob encomenda”.

Diz que foi citado como exemplo o caso do adquirente “P&C PREMOLDADOS” inscrito no CNPJ sob o nº 30.050.012/0001-91, que praticou operações de compra de mercadorias do impugnante, que alegou que embora o CNAE principal seja descrito como varejista de materiais de construção em geral, não se pode ignorar o fato de que tal adquirente também desenvolve atividades de industrialização/fabricação.

O Autuado apresentou declaração do adquirente, firmada de próprio punho, quanto à aplicação do material, corroborando que as mercadorias adquiridas foram compradas com a finalidade de industrialização.

De igual maneira, o adquirente “ALBERTO JOSE DOS SANTOS DE CATU” inscrito no CNPJ sob o nº 05.219.393/0001-42, praticou operações de compra no período, cujo desempenho de suas atividades também engloba a sobredita “Fabricação de estruturas pré-moldadas de concreto armado, em série e sob encomenda”, também apresentou declaração pessoal quanto à aplicação do material.

Registra que o Defendente informou que em relação aos demais clientes, colacionou todas as declarações fornecidas por parte dos adquirentes, que atestam a aplicação dos materiais adquiridos em processo de industrialização, uma vez que destinados à fabricação de lajes e estruturas de concreto pré-moldadas, por exemplo.

Apresenta o entendimento de que estas declarações de aplicação do material, apresentadas pelo Autuado não tem qualquer validade legal (independentemente de serem absolutamente extemporâneas, datadas de 03 e 04 anos da ocorrência dos fatos, padronizadas e sem validação legal do signatário), não há previsão legal para indicar se por meio delas o vendedor deveria ou não fazer a retenção do ICMS ST.

Afirma que o correto, conforme informado no item anterior, seria o vendedor, no caso o autuado, se basear na atividade econômica do adquirente para decidir se faria ou não a retenção do imposto da substituição tributária. Tendo o adquirente como atividade econômica o comércio (varejista ou atacadista) de material para construção e congêneres, caberia efetuar a retenção do ICMS ST, independentemente de o adquirente ter como atividade secundária a fabricação de laje ou de estrutura pré-moldadas de concreto armado.

Diz que conforme já comentado, a legislação ampara o contribuinte que adquirir mercadorias com a retenção do ICMS ST cujo fato posterior não se concretizar, situação em que o mesmo poderá usar os valores pagos a título de imposto como crédito fiscal, ou na impossibilidade de

utilizá-los como crédito, diante de uma eventual situação cadastral que impediria a utilização de crédito fiscal (empresas pertencentes ao Simples Nacional), requerer o ressarcimento e/ou a restituição do pagamento efetuado, mediante processo regular.

Quanto ao outro exemplo citado pelo Autuado, ALBERTO JOSE DOS SANTOS DE CATU, inscrito no CNPJ sob o nº 05.219.393/0001-42, informa que se trata de adquirente com atividade principal de comércio varejista de materiais de construção.

Dessa forma, considerando que os adquirentes de materiais para construção e congêneres possuem como atividade econômica principal o comércio de materiais de construção, objeto da autuação por falta de retenção do ICMS ST pelo Autuado, na condição de substituto tributário, conclui que não assiste razão ao Defendente.

Sobre a alegação referente a “Cliente Substituto Tributário e NCMs fora do rol da substituição tributária”, reproduz as alegações defensivas. Diz que o Autuado citou o nome fantasia do destinatário “HIPERFERRO” atribuindo a qualidade de substituto tributário, transcrevendo o art. 7º-B do Decreto 7.799/00.

Em relação às alegações do autuado neste sibitem, informa:

1. Quanto aos argumentos defensivos de que é possível identificar que existiram operações que não competiam ao Impugnante recolher o ICMS ST, não foi indicado quais operações se enquadrariam nas supostas exceções aventadas na defesa.
2. Os exemplos citados referentes às operações com os produtos AR COB MIG/MAG 1.20 KK RC BME C4” e “AR COB MIG/MAG 1.00KK 18kg RC BME C4”, classificados através da NCM 7229.20.00, informa ter constatado que este NCM representa “*Ferro Fundido - Ferro e Aço – Fios de Outras ligas de Aço e de Aços Silício*”, a princípio, entende que não guarda relação com o produto arame, o que leva à conclusão de que houve a indicação da NCM incorreta para a operação.

Informa ter observado que o autuado não vem obedecendo a orientação contida no Guia Prático da EFD – ICMS quanto ao correto preenchimento do Registro 0220 que trata da Tabela de Classificação de item, onde preceitua que a discriminação do item deve indicar precisamente o mesmo, sendo vedadas discriminações diferentes para o mesmo item ou discriminações genéricas.

Ressalta que caberia ao autuado descrever precisamente o que significa os itens AR COB MIG/MAG, uma vez que, consultando o setor fiscal durante o transcurso dos trabalhos de fiscalização, foi informado de que se tratava de arame, razão pela qual considerou como produto da substituição tributária, haja vista que este produto se encontra relacionado no item 8.52 do Anexo 1 do RICMS/BA.

Sobre a alegação de que o adquirente HIPERFERRO, por possuir atividade atacadista e ser detentor de Termo de Acordo para redução de base de cálculo nas suas operações comerciais, entende não fazer nenhum sentido o Autuado deixar de efetuar a retenção do ICMS ST, pelo disposto no inciso I do art. 4º do Decreto 7.799/00, que exclui do tratamento dispensado aos beneficiários do citado Decreto, as operações sujeitas à substituição tributária.

Quanto ao pedido para realização de diligência, afirma que não vislumbra a necessidade de diligência ou perícia, diante de clareza da autuação e o enquadramento legal da infração apurada, que resultou na lavratura do Auto de Infração em tela.

Acrescenta que os demonstrativos da autuação, colacionados ao PAF, Anexos I e II (fls. 35 a 56 do PAF) relaciona todas as operações realizadas pelo Autuado, tendo como adquirentes contribuintes do ICMS com atividade econômica o comércio de materiais para construção e congêneres, com os cálculos da substituição tributária de acordo com previsão regulamentar.

Em relação ao questionamento do Autuado quanto à inconstitucionalidade da multa aplicada, pelo seu caráter confiscatório, diz que não é pertinente a apreciação pelo Autuante, bem como

desta instância de piso, haja vista que este órgão julgador não tem competência para declarar a inconstitucionalidade da legislação tributária, nos termos do art. 167 do RPAF.

Diz que conforme disposto no art. 45 da Lei nº 7.014/96, o valor das multas previstas nos incisos I, II, III, VI e VII do art. 42, excetuada a hipótese da alínea “d” do inciso II, conforme indicado no demonstrativo de débito anexo ao auto de infração, poderá ser reduzido de até 80%, a depender da atitude do contribuinte em relação ao pagamento do débito, o que implica valor da multa menor que a nominal.

Diante da informação apresentada, combatendo item a item a Defesa, pede a procedência total do presente Auto de Infração.

Na sessão de Julgamento foi realizada sustentação oral por videoconferência pelo advogado, Dr. Hiago Lucas Mendes, inscrito na OAB/MG 195.852.

VOTO

O Defendente suscitou a nulidade da autuação, alegando ausência de delimitação da matéria tributável, destacando que conforme se observa do Relatório Fiscal, o Autuante entendeu que não foi efetuado o recolhimento do ICMS ST, partindo a fiscalização de análise não condizente com o rigor necessário ao tipo de ato administrativo em questão e incompatível com as normas a que o ato de lançamento está sujeito.

Observe que a autuação fiscal está conforme os levantamentos e documentos acostados aos autos; a sua fundamentação diz respeito ao direito e aos fatos. Quanto aos fatos, estes foram descritos de forma compreensível, estando caracterizada a irregularidade apurada; foram elaborados demonstrativos, constando nos autos comprovação (DT-e) que foram fornecidas ao Autuado as cópias dos mencionados demonstrativos.

O Fisco comprovou a materialidade o fato e não o fez sob presunção, pois elaborou os demonstrativos com base na Escrituração Fiscal Digital – EFD, aplicando roteiro de fiscalização que estabelece metodologia e técnica de atuação fiscal, de modo que o desenvolvimento dos trabalhos fiscais esteja em conformidade com a legislação tributária. Na realização dos procedimentos fiscais, foram relacionados os documentos fiscais, nota a nota, indicado seus números e datas de emissão, o “Demonstrativo Analítico” indica os cálculos do imposto exigido e a descrição das mercadorias.

Conforme esclarecimentos do Autuante, todas as mercadorias constantes nos demonstrativos que lastreiam a exigência fiscal estão relacionadas no item 8.0 – MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO E CONGÊNERES, Anexo 1 do RICMS-BA/2012.

Também esclareceu que todos os adquirentes ou compradores das mercadorias – material de construção e congêneres – constantes dos citados demonstrativos, possuem como atividade econômica inserida no cadastro de contribuintes do ICMS, a atividade de comércio varejista ou atacadista de material para construção.

Entendo que não se constatou prejuízo ao defendente, considerando que a descrição dos fatos foi efetuada 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. O autuado tomou conhecimento do lançamento efetuado, conforme se pode constatar nas alegações defensivas, inexistindo cerceamento ao direito de defesa, e o Defendente tem condições de acompanhar normalmente o deslinde de todas as questões suscitadas na impugnação.

O Autuado entendeu os cálculos, se defendeu e apresentou impugnação ao lançamento, tratando dos fatos que ensejaram a exigência fiscal, citando parcelas que entende serem computadas com inconsistências, se referindo ao levantamento fiscal. Assim, constato que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na

legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento, ficando rejeitada a preliminar de nulidade.

O defendente requereu a realização de perícia / diligência, apresentando, para tanto, os quesitos a serem respondidos pelo auditor responsável.

Quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de diligência fiscal e perícia, fica indeferido o pedido com base no art. 147, incisos I e II, do RPAF-BA/99, tendo em vista que os elementos constantes nos autos são suficientes para as conclusões acerca da lide, sendo desnecessário realizar diligência ou perícia, considerando as provas produzidas nos autos, e a análise da autuação não depende de conhecimento especial de técnicos. Diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados ao PAF, cujas cópias foram fornecidas ao autuado, não se verificou dúvida quanto à correção dos demonstrativos elaborados pelo autuante, por isso, indefiro o pedido de diligência fiscal e perícia, formulado pelo autuado em sua impugnação.

Quanto ao mérito, o presente lançamento trata da falta de 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, nos meses de agosto de 2018 a dezembro de 2019.

De acordo com a descrição dos fatos, o Autuado, na qualidade de contribuinte substituto, efetuou operações de saídas de mercadorias tributadas sujeitas à substituição tributária para contribuintes do imposto, sem a retenção do ICMS ST, conforme demonstrativos constantes nos Anexos I e II e cópia por amostragem de DANFEs de Notas Fiscais emitidas, relativamente aos exercícios de 2018 e 2019.

Conforme estabelece o art. 8º, inciso II da Lei nº 7.014/96, são responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados, o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias constantes no Anexo I da referida lei, exceto na hipótese de tê-las recebido já com o imposto antecipado. Anexo 1, ITEM 8.0: MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO E CONGÊNERES.

Além da planilha de cálculo do ICMS-ST, o Autuante apensou a este Auto de Infração, cópias de DANFEs de Notas Fiscais e “Histórico de Atividades Econômicas” objetivando comprovar que a exigência está fundamentada em dados de contribuintes constantes nesta SEFAZ e planilhas de cálculos acostadas aos autos, inexistindo necessidade de outras comprovações, como entendeu o Defendente.

A questão a ser decidida nos autos é quanto à responsabilidade do autuado pela retenção e recolhimento do ICMS relativo à substituição tributária, na condição de substituto tributário, considerando a previsão constante no dispositivo legal acima mencionado, em relação às operações de saídas que realizou.

O Defendente alegou que na presente autuação, foram relacionadas vendas de mercadorias que, pela natureza dos seus clientes e das atividades prestadas por estes, por si só, estão inequivocamente afastadas da sistemática de recolhimento do ICMS por substituição tributária, uma vez que inexistem operações internas subsequentes e passíveis de tributação. Vendas para pessoas físicas, pessoas jurídicas não contribuintes do imposto e consumidor final.

O Autuante afirmou que não constam nos demonstrativos da infração qualquer cobrança de retenção do ICMS pelo autuado, figurando como substituto tributário, nas vendas destinadas a pessoas físicas e para pessoas jurídicas não contribuintes do imposto ou para consumidor final.

Disse que a cobrança da falta de retenção do ICMS da substituição tributária ocorreu nas vendas para contribuintes do ICMS com atividade econômica de comércio de material para construção, conforme comprovação de ficha de situação cadastral de cada adquirente anexa ao PAF.

Constato que nas cópias de Dados Cadastrais anexados aos autos pelo Autuante, a exemplo das fls. 74 a 77 dos autos, os contribuintes têm como atividade principal o “comércio varejista de materiais de construção em geral”, ficando descartada a hipótese de pessoas físicas.

O Defendente alegou que é patente a ilegitimidade das exigências recaídas sobre operações de remessa de mercadorias para pessoas jurídicas, ainda que contribuintes do imposto, em situações em que a mercadoria adquirida foi utilizada para consumo próprio do cliente (consumidor final), sem que haja saída subsequente. Vendas para clientes pessoas jurídicas consumidoras finais, mercadoria sujeita à ST, mas operação é venda para consumo.

Citou como exemplo, “MADEIREIRA E DEPOSITO CAJAZEIRAS”, inscrita no CNPJ sob o nº 29.604.764/0001-78, informando que seu responsável legal apresentou declaração pessoal quanto à aplicação do material.

Outro exemplo citado, é “BRITOCAR”, inscrito no CNPJ sob o nº 00.080.327/0001-10, afirmando que também apresentou declaração pessoal quanto à aplicação do material para uso, consumo ou ativo fixo.

O Autuante não concordou com a tese defensiva de que a retenção do ICMS ST, pressupõe que o vendedor saiba antecipadamente, no momento da venda do material, qual a destinação que o adquirente dará ao material adquirido. Disse que tal assertiva pode até ser considerada quando o adquirente for pessoa física (consumidor final) pessoa jurídica não contribuinte do ICMS, quando o adquirente desenvolver exclusivamente atividade de fabricação, industrialização ou prestação de serviço sujeito apenas a incidência do ISS em suas operações comerciais.

Reafirmou que todos os adquirentes das mercadorias cujas operações estão sujeitas à substituição tributária, conforme comprovado anteriormente, possuem atividades econômicas de comércio varejista ou atacadista de material para construção.

Nesse caso, concordo com a conclusão de que, a legislação vigente exige a concretização da retenção do ICMS ST pelo substituto tributário, no caso do vendedor (autuado) que é filial de indústria, equiparado a industrial no tocante à responsabilidade pela retenção do ICMS ST nas operações apuradas no levantamento fiscal.

O Defendente também alegou que não pode prevalecer o lançamento no tocante à exigência do ICMS ST nas operações de venda de mercadorias para consumo no processo de industrialização dos seus clientes. Vendas de mercadorias sujeitas à ST, mas a operação é venda para industrialização.

Mencionou que é o caso do adquirente “P&C PREMOLDADOS”, inscrito no CNPJ sob o nº 30.050.012/0001-91, afirmando que seu CNAE principal descrito como varejista de materiais de construção em geral, mas não se pode ignorar o fato de que tal adquirente também desenvolve atividades de industrialização/fabricação.

Também citou o adquirente “ALBERTO JOSE DOS SANTOS DE CATU”, inscrito no CNPJ sob o nº 05.219.393/0001-42, afirmando que sua atividade também engloba a “*Fabricação de estruturas pré-moldadas de concreto armado, em série e sob encomenda*”, também apresentou declaração pessoal quanto à aplicação do material.

O Autuante disse que o correto, seria o vendedor, no caso o autuado, se basear na atividade econômica do adquirente para decidir se faria ou não a retenção do imposto da substituição tributária. Tendo o adquirente como atividade econômica o comércio (varejista ou atacadista) de material para construção e congêneres, caberia efetuar a retenção do ICMS ST, independentemente de o adquirente ter como atividade secundária a fabricação de laje ou de estrutura pré-moldadas de concreto armado.

Observo que ALBERTO JOSE DOS SANTOS DE CATU tem como atividade econômica principal “comércio varejista de materiais de construção”, conforme fl. 77 do PAF. Embora os adquirentes tenham prestado declarações em 2023, conforme alegado pelo Defendente, tais declarações não

são suficientes para elidir a exigência fiscal, considerando que a retenção deveria ter sido efetuada à época das operações realizadas, inexistindo nos autos elementos que comprovem a efetiva utilização desses materiais.

O Defendente afirmou que é possível identificar, ainda, que existiram operações, ocorridas ao longo do período autuado, com mercadorias cujos NCMs não se submetem à sistemática da substituição tributária, seja porque o próprio adquirente é substituto tributário, atraindo a responsabilidade pela retenção do imposto. Cliente Substituto Tributário e NCMs fora do rol da substituição tributária (Decreto nº 7.799/00 – Art. 7º B – Regime Especial).

Para a primeira situação, informa que deu saída, através de duas operações, no exercício de 2019, dos produtos “AR COB MIG/MAG 1.20 KK 18kg RC BME-C4” e “AR COB MIG/MAG 1.00 KK 18kg RC BME-C4”, classificados através da NCM 7229.20.00.

O Autuante esclareceu que, consultando o setor fiscal durante o transcurso dos trabalhos de fiscalização, foi informado de que se tratava de arame, razão pela qual considerou como produto da substituição tributária, haja vista que este produto se encontra relacionado no item 8.52 do Anexo 1 do RICMS/BA.

Como se trata de Arame, com destacado pelo Autuante, tal produto encontra-se enquadrado no item 8.52 do Anexo 1 do RICMS-BA: Arame farpado, de ferro ou aço, portanto, mercadoria sujeita ao regime da substituição tributária.

De igual maneira, também não merece subsistir a autuação sobre as operações praticadas cujo nome fantasia é “HIPERFERRO”, à medida em que, ao referido destinatário, resta imposta a qualidade de *substituto tributário*.

Citou o art. 7ºB, do Decreto 7.799/00. É possível constatar, analisando os dados adicionais das NF-e, constando a informação pertinente ao “*termo de Acordo Decreto 7799/00 art. 7º B c/c Processo nº03873520152*”,

O Autuante registrou, que conforme disposto no inciso I do art. 4º do Decreto 7.799/00, exclui do tratamento dispensado aos beneficiários do citado Decreto, as operações sujeitas à substituição tributária.

O dispositivo mencionado pelo Autuante (Art. 4º, inciso I do Decreto 7.799/00) prevê que a redução de base de cálculo prevista nos arts. 1º, 3º-B e 3º-E do referido Decreto não se aplica às operações sujeitas à substituição tributária. Nesse caso, entendo que não assiste razão ao Defendente, ressaltando-se que a situação prevista no art. 7º-B, alegada pelo Impugnante se aplica a estabelecimento comercial atacadista, central de distribuição ou estabelecimento que comercializa mercadorias exclusivamente via internet ou telemarketing, mediante credenciamento, o que não ficou comprovado nos autos.

O Autuante destacou, ainda: “Quanto o adquirente destina a mercadoria adquirida para outra condição que não a revenda, por exemplo, utilização como insumo, uso e consumo, imobilizado, etc. a legislação concede ao mesmo, oportunidade de se ressarcir do imposto anteriormente cobrado (retido pelo substituto tributário), conforme ressalva contida no art. 12 da Lei nº 7.014/96.

Afirmou que caberia ao adquirente que sofreu a cobrança antecipada do imposto, cujo objetivo de revenda não se concretizou, por decisão própria, prover os meios de obter o direito à restituição do valor pago por força da substituição tributária, que poderá ocorrer sob a forma de crédito fiscal, sendo este contribuinte com apuração normal do imposto ou em espécie sendo este dispensado da apuração normal do imposto

Observe que a Lei assegura ao contribuinte substituído o direito à restituição do valor do imposto pago por força da substituição tributária, se o fato gerador presumido não chegar a se realizar, mediante crédito fiscal como forma de restituição de indébito.

Portanto, se a operação subsequente não se realizar, em relação às mercadorias recebidas com ICMS pago por antecipação, quando devidamente comprovados fatos, inexistindo a revenda das

mercadorias, o contribuinte poderá utilizar como crédito fiscal o valor do imposto pago antecipadamente, devendo ser registrado o motivo determinante desse procedimento.

Conforme já mencionado neste voto, 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 internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado.

Considerando a informação reiterada pelo autuante de que todos os adquirentes ou compradores das mercadorias – material de construção e congêneres – constantes dos levantamentos fiscais, possuem como atividade econômica inserida no cadastro de contribuintes do ICMS, a atividade de comércio varejista ou atacadista de material para construção, conforme extrato da situação cadastral de cada contribuinte adquirente, obtido do cadastro de contribuinte do ICMS da SEFAZ-BA, visualizado no INC – Sistema de Informação do Contribuinte, coligidos no PAF, fls. 74 a 111, entendo que está comprovado o cometimento da infração apontada, sendo devido o imposto exigido no presente lançamento.

O Defendente pede que seja reduzido o valor da multa exigida para patamares razoáveis e que respeitem a vedação ao efeito de confisco, nos termos do argumento desenvolvido na Impugnação.

Vale ressaltar, que a penalidade aplicada no presente Auto de Infração é a legalmente prevista para a irregularidade apurada, essa Junta de Julgamento Fiscal não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação tributária e não cabe a este órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I, do RPAF-BA/99, aprovado pelo Decreto nº 7.269/99.

O Defendente requer, por fim, que todas as intimações sejam direcionadas à empresa, ao seu departamento jurídico, situado na Av. Carandaí, 1115 - 25º andar, CEP: 30130-915 - Belo Horizonte - MG – Brasil, e-mail: notificacao.juridico@arcelormittal.com.br), sob pena de nulidade.

Não há impedimento para que tal providência seja tomada, e de acordo com o art. 26, inciso III, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, a intimação deve ser efetuada por escrito, endereçada ao contribuinte, seu preposto ou responsável, e a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos arts. 108/109 do mencionado Regulamento, e o representante do autuado poderá cadastrar seu correio eletrônico junto a esta SEFAZ para receber correspondências.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **207098.0013/22-6**, lavrado contra **ARCELORMITTAL BRASIL S. A.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 295.620,69**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 26 de julho de 2023

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA