

A.I. Nº - 207098.0014/22-2
AUTUADO - ARCELORMITTAL BRASIL S.A.
AUTUANTE - ADEMILSON BARNABÉ DA SILVA
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 08/09/2023

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0173-04/23-VD

EMENTA: ICMS. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. a) OPERAÇÕES DE SAÍDAS COM MERCADORIAS SUJEITAS A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Contribuinte signatário de Termo de Acordo Atacadista decorrente do Decreto nº 7799/00, praticou, de forma indevida, redução de base de cálculo nas operações com incidência de substituição tributária, o que é vedado, expressamente, pelo Art. 4º, inciso I, do mesmo decreto. Acusação mantida. b) OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS DESTINADAS À PESSOAS FÍSICAS. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. O procedimento do autuado atende ao previsto pelo Convênio ICMS 33/96, Cláusula primeira, e Art. 266, II, do RICMS/BA, sendo que os produtos comercializados devem se submeter nas operações de saídas internas a uma carga tributária equivalente ao percentual de 12% e não 17% conforme aplicado pelo autuante, que reconheceu o equívoco, propondo a exclusão do lançamento. Infração insubsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe foi expedido em 15/12/2022 para reclamar crédito tributário no montante de R\$ 204.665,44, mais multas, em decorrência das seguintes imputações:

- Infração 01 – 003.002.005: “Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. O contribuinte praticou saídas de mercadorias em operações sujeitas à Substituição Tributária, com redução indevida de base de cálculo com esteio no Inciso I, Art. 1º do Decreto nº 7.799/00, todavia, o inciso I do Art. 4º do referido Decreto exclui tais operações do benefício previsto no citado Decreto, conforme Demonstrativos constantes dos Anexos I e II, e cópia por amostragem de DANFES de Notas Fiscais emitidas, relativamente aos exercícios de 2018 e 2019”. Valor lançado R\$ 188.984,14, com multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

- Infração 02 – 003.002.005: “Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. O contribuinte praticou saídas de mercadorias em operações com pessoas físicas, com redução indevida de base de cálculo com fulcro no Art. 266 do Decreto nº 13.780/12, e no Convênio ICMS 33/96, todavia, todas as mercadorias comercializadas possuem NCM que não estão contempladas nas normas legais citadas, conforme Demonstrativos constantes dos Anexos III e IV, e cópia por amostragem de DANFES de Notas Fiscais emitidas, relativamente aos exercícios de 2018 e 2019”. Valor lançado R\$ 15.681,30, com multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

O autuado, através de seus Representantes Legais, ingressou com Impugnação ao lançamento, fls. 118 a 128, onde, após transcrição dos fatos e arguição da tempestividade da peça defensiva,

ingressou aos argumentos relacionados ao mérito da autuação, reportando-se à primeira infração, pontuando que a acusação não procede pois a parcela das operações (vendas pelo canal 30), fazia jus ao benefício da redução da base de cálculo nas operações que praticou, por força do Convênio 33/96, c/c art. 266, II, do RICMS/BA e não do Decreto Estadual nº 7.799/00, suscitado como fundamento legal da infração, o que conduz, ao seu entender, irremediavelmente à impropriedade do lançamento, por vício de fundamentação.

Arrematou que depois de efetuado o lançamento, que tem o efeito de formalizar a constituição do crédito, é vedada a alteração no critério jurídico nele refletido, sendo impossível promover qualquer retificação.

Afirmou que nos termos da legislação citada no Auto de Infração, encontram-se afastadas do regime benéfico “as operações” e não “as mercadorias em si” sujeitas à sistemática de substituição tributária, a rigor do artigo 4º, inciso I, do Dec. 7799/00, acrescentando que as expressões “operações” e “mercadorias” tem conteúdo distintos e cada qual confere apenas as operações sobre as quais seja aplicável a sistemática de substituição tributária, concluindo a este respeito que:

- Apesar de determinada mercadoria ter sido eleita abstratamente pela legislação como sujeita à sistemática de ICMS-ST;
- Se estiver envolvida em uma operação que, por força de sua particularidade, esteja afastada da sistemática em questão;
- E o contribuinte faça jus aos benefícios da redução da base de cálculo, nos termos do Decreto 7799/00, a redução da base de cálculo nas operações próprias praticadas por aquele será plenamente aplicável.

Com isso, afirmou ser este o caso, não atentado pelo autuante, em que pese as mercadorias comercializadas estejam sujeitas ao regime de ICMS ST, as operações retratadas pela autuação não estavam sujeitas à sistemática em questão, razão pela qual a redução da base de cálculo torna-se plenamente legítima.

Nesse sentido passou a se reportar a “*Aquisições de mercadorias para utilização como insumo no processo produtivo*”, recorrendo argumentos jurídicos e citando doutrina a este respeito, sustentando que não pode prevalecer o lançamento no tocante à exigência do ICMS ST relativo a operações de venda de mercadorias que realizou para consumo ou processo de industrialização dos seus clientes (canal 20 – doc. anexo), citando, neste sentido, o Art. 8º, § 8º, III da Lei nº 7.014/96, que dispõe que nas circunstâncias em questão estão afastadas do regime da ST.

Em seguida requereu a realização de diligência para que seja realizada uma análise detalhada e precisa de todas as notas fiscais objeto da autuação, apresentando quesitos para serem respondidos.

Ao adentrar à segunda infração argumentou que houve descon sideração do benefício fiscal pelo autuante, tendo em vista que as operações praticadas gozam do benefício da redução da base de cálculo, nos termos do Convênio ICMS 33/96, incorporado à legislação baiana pelo art. 266 do RICMS/12, transcritos, afirmando que da análise conjunto de ambos os dispositivos citados, pode-se dizer que os produtos abarcados pelas aludidas normas devem se submeter, nas respectivas operações internas, à carga tributária equivalente à aplicação do percentual de 12% e não 17% conforme originariamente previsto, adotado pelo autuante, descon siderando os benefícios fiscais.

Passou a arguir “*ilegitimidade das penalidades cominadas / ofensa ao princípio do não confisco*”, cujo percentual aplicado de 60% defende que seja afastado, citando, em suporte ao seu argumento, decisão prolatada pelo E. Supremo Tribunal Federal.

Em conclusão, reiterou o pedido de prova pericial bem como o conhecimento e o provimento da presente Impugnação a fim de que seja reconhecida a insubsistência do crédito tributário exigido,

com extinção do auto de infração, ou, sucessivamente, seja reduzido o valor da multa para patamar razoável que respeite a vedação de confisco, requerendo, ainda, que as notificações sejam direcionadas ao endereço que indicou.

O autuante apresentou Informação Fiscal, fls. 189 a 194, efetuando uma síntese dos argumentos defensivos, e, em seguida, se reportou à infração 01 discordando dos argumentos defensivos, observando que esta trata da utilização indevida do benefício fiscal previsto no Decreto 7799/00, devido a aplicação em operações com mercadorias sujeitas à substituição tributária, operação estas excluídas do benefício fiscal na forma estabelecida pelo inciso I, artigo 4º, do referido decreto, de acordo com os demonstrativos com a relação de todas as operações realizadas e cópias das notas fiscais eletrônicas acostadas ao PAF por amostragem.

Citou que em relação ao argumento defensivo de que *“no que pese as operações com tais mercadorias comercializadas estejam sujeitas ao regime de ICMS-ST”*, e que as operações retratadas pela autuação não estavam sujeitas a esta sistemática, sem apresentar, contudo, comprovação para sustentar seu argumento.

No que tange a citação de que não pode prevalecer o lançamento relativo à exigência do ICMS ST nas operações de vendas de mercadorias para consumo no processo de industrialização pelos adquirentes (canal 20 – anexo), disse que depreendeu das alegações apresentadas que houve equívoco por parte do mesmo quanto ao entendimento das infrações aplicadas, ou foi traído pelo recurso *“copiar/colar”*, porque os argumentos apresentados nada tem a ver com o objeto da autuação, mesmo porque, nesse mesmo procedimento de auditoria, foram lavrados outros autos de infração em decorrência de desmembramento e tais argumentos foram apresentados na infração *“falta de recolhimento de ICMS ST”*, tendo observado que na situação em tela o autuado procedeu ou recolhimento da retenção do ICMS ST (infração 01), todavia aplicou redução de base de cálculo de forma indevida, à luz do constante no Art. 4º, inciso I, do Dec. 7799/00.

Quanto ao pedido de diligência formulado pelo autuado disse não vislumbrar tal necessidade diante da clareza da autuação e seu enquadramento legal, além de que, os demonstrativos colacionados aos autos, relacionam todas as operações realizadas pelo autuado com utilização indevida do benefício fiscal previsto no Dec. 7799/00 (infração 01) e as operações com a aplicação indevida da redução da base de cálculo prevista no Art. 266 do RICMS/BA, (infração 02).

Naquilo que se relaciona à infração 02 pontuou que o autuado alegou que houve equívoco da sua parte (autuante) ao não levar em consideração que as mercadorias objeto das operações se encontravam abarcadas por benefício da redução da base de cálculo, superestimando, assim, o valor do imposto efetivamente devido em cada operação, tendo mencionado os Convênio ICMS 33/96, Cláusula primeira e Art. 266, II do RICMS/BA para respaldar seu procedimento. A este respeito disse que efetivamente assiste razão ao autuado em relação ao seu argumento, razão pela qual propôs a exclusão do débito reclamado nesta infração 02.

Quanto ao argumento de ilegitimidade das penalidades cominadas/ofensa ao princípio do não confisco, não é pertinente a apreciação da sua parte e nem pelo órgão julgador, a teor do art. 167, I, do RPAF/BA.

Concluiu pugnando pela Procedência Parcial do presente Auto de Infração, com a manutenção da infração 01 e exclusão da infração 02.

Registro o comparecimento à sessão de julgamento virtual realizada nesta data do representante legal do autuado, Dr. Hiago Lucas Mendes, OAB/MG nº 195.852, para fim de efetuar sustentação oral dos argumentos defensivos.

VOTO

De acordo com a inicial, o presente lançamento tributário totalizou o montante de R\$ 204.665,44, mais multas, em decorrência das seguintes imputações:

- Infração 01 – 003.002.005: *“Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. O contribuinte praticou saídas de mercadorias em operações sujeitas à Substituição Tributária, com redução indevida de base de cálculo com esteio no Inciso I, Art. 1º do Decreto nº 7.799/00, todavia, o inciso I do Art. 4º do referido Decreto exclui tais operações do benefício previsto no citado Decreto, conforme Demonstrativos constantes dos Anexos I e II, e cópia por amostragem de DANFES de Notas Fiscais emitidas, relativamente aos exercícios de 2018 e 2019”.* Valor lançado R\$ 188.984,14, com multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

- Infração 02 – 003.002.005: *“Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. O contribuinte praticou saídas de mercadorias em operações com pessoas físicas, com redução indevida de base de cálculo com fulcro no Art. 266 do Decreto nº 13.780/12, e no Convênio ICMS 33/96, todavia, todas as mercadorias comercializadas possuem NCM que não estão contempladas nas normas legais citadas, conforme Demonstrativos constantes dos Anexos III e IV, e cópia por amostragem de DANFES de Notas Fiscais emitidas, relativamente aos exercícios de 2018 e 2019”.* Valor lançado R\$ 15.681,30, com multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

O autuado suscitou a nulidade do Auto de Infração por erro no apontamento do fundamento legal da autuação, situação esta que, ao seu argumento, dificulta sua defesa, não se tratando, com isso, mera formalidade.

Não é o que vejo nos autos. Isto porque, ambas as infrações foram apuradas e apontadas de forma compreensível, devidamente consubstanciadas com demonstrativos analíticos que possibilitaram ao autuado os mais amplos meios para defesa, o que afinal foi feito.

Considero que foram atendidos todos os requisitos estabelecidos pelo Art. 142 do Código Tributário Nacional – CTN, e, por igual, o Art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, observando, com isso, que a fundamentação legal para a autuação está posta de forma clara e objetiva, inexistindo, assim, qualquer tipo de vício que inquine de nulidade o lançamento.

Em relação ao mérito da autuação, indefiro o pedido de diligência e/ou perícia formulado pelo autuado, com fundamento no Art. 147, I e II do RPAF/BA, por considerar que se encontram nos autos todos os elementos suficientes para formação do meu convencimento como julgador, além de que, não foram carreados aos autos quaisquer subsídios ou informações que motivassem ou justificassem a realização da aludida perícia/diligência pretendida.

Isto posto, vejo que em relação à infração 01, onde foi lançado imposto no montante de R\$ 188.984,14, em decorrência de recolhimento a menos do ICMS por erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, em razão do autuado ter praticado saídas de mercadorias em operações sujeitas à substituição tributária, porém, com redução indevida de base de cálculo com esteio no Inciso I, Art. 1º do Decreto nº 7.799/00, todavia, o inciso I do Art. 4º do referido Decreto exclui tais operações do benefício ali previsto.

As alegações defensivas de que apesar das mercadorias comercializadas se encontrarem sujeitas ao regime de substituição tributária, as operações que realizou não estavam sujeitas a esta sistemática.

Em primeiro lugar, merece destaque o fato de que a autuação exige ICMS ST retido e recolhido a menos, consoante se verifica através do demonstrativo de fl. 36, portanto, foi o próprio autuado que submeteu as mercadorias constantes nas operações realizadas, objeto da infração 01, ao regime de substituição tributária, consoante se pode constatar, por exemplo, através do DANFE 00890, fl. 65, onde consta no próprio documento fiscal o valor da retenção do ICMS ST incidente na operação realizada, e, assim, em relação às demais operações.

Portanto, foi o próprio autuado que qualificou o tipo da operação e sua repercussão tributária,

enquanto que o autuante, pelo fato do sujeito passivo ser signatário de Termo de Acordo decorrente do Decreto nº 7799/00, ter praticado, de forma indevida, redução de base de cálculo nas operações com incidência de substituição tributária, o que é vedado, expressamente, pelo Art. 4º, inciso I, do mesmo decreto:

Art. 4º - A redução de base de cálculo prevista nos arts. 1º, 3º-B e 3º-E não se aplica às operações:

I – sujeitas à substituição tributária.

Desta forma, a motivação para a autuação está clara na medida em que houve por parte do autuado descumprimento da norma acima transcrita. Aliás, o argumento trazido pelo autuado de que não incide o ICMS ST nas operações de aquisições de mercadorias para utilização pelo adquirente em processo produtivo, não se confirma na medida em que, o próprio autuado não qualificou esta situação nos documentos fiscais emitidos, ao efetuar a retenção e recolhimento do imposto (ST), porém em valor inferior ao devido, cuja diferença retida a menos foi justamente o que motivou a autuação.

Mantenho subsistente a infração 01 no valor de R\$ 188.984,14.

Já no que pertine à infração 02, no valor de R\$ 15.681,30, onde foi alegado que o autuado recolheu ICMS a menos por erro na determinação do valor da base de cálculo, em face da redução indevida com infringência ao Convênio ICMS 33/96, Cláusula primeira, e Art. 266, II, do RICMS/BA, onde foi argumentado que os produtos comercializados deveriam se submeter nas operações de saídas internas a uma carga tributária equivalente ao percentual de 12% e não 17% conforme aplicado pelo autuante, este equívoco foi reconhecido pelo autuante, que propôs a exclusão desta infração do lançamento, com o que concordo.

Infração 02 insubsistente.

No que diz respeito a alegação defensiva de ilegitimidade das penalidades aplicadas no patamar de 60%, apesar de respeitar os relevantes argumentos jurídicos apresentados pelo autuado, considero que o autuante agiu estritamente em consonância com 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 Judicial citada pelo autuado, voltada a questão interpretativa e constitucional, 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, não é vinculante para a Administração Pública do Estado da Bahia, visto que este não figurou como parte na decisão citada.

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 do autuado no sentido de que todas as intimações sejam direcionadas ao endereço que indicou, observo que tais procedimentos obedecem ao constante no Art. 108 do RPAF/BA, entretanto, nada obsta que tal solicitação também possa ser atendida, e, se acaso assim não ocorrer, não implica em nulidade do ato processual.

Em conclusão voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do presente Auto de Infração no valor de R\$ 188.984,14, sendo a infração 01 Procedente e a infração 02 Improcedente.

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 207098.0014/22-2, lavrado contra **ARCELORMITTAL BRASIL S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 188.984,14**, acrescido da multa de 60% prevista no Art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96 e demais acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF 16 de agosto de 2023.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE / RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR