

PROCESSO - A. I. Nº 298624.0019/22-4
RECORRENTE - ARCELORMITTAL BRASIL S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0228-01/22-VD
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 19/04/2024

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACORDÃO CJF Nº 0099-12/24-VD**

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SAÍDAS PARA CONTRIBUÍNTES LOCALIZADOS NESTE ESTADO. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. A lei atribui ao remetente, a responsabilidade pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo ao DIFAL nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia de material usado para consumo do adquirente. A ocorrência de 31/03/2017 foi alcançada pela decadência. Infração parcialmente subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam, os presentes autos, de Recurso Voluntário (fls. 133 a 144) interposto pela Autuada em face do Acórdão 1ª JJF Nº 0228-01/22-VD, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 02/06/2022, para exigir ICMS no valor histórico de R\$ R\$ 34.537,56, acrescido de multa de 60%, em razão de ter o contribuinte deixado *“de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia”*

Segundo os Autuantes, o contribuinte *“deixou de reter e consequentemente recolher o DIFAL de material usado para consumo e ou ativo do adquirente”*.

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia 24/11/2022 (fls. 119 a 123) e, para além de concluir pela decadência dos créditos tributários reclamados na data de 31/03/2017, em observância ao quanto disposto no artigo 150, § 4º do CTN, entendeu pela procedência parcial da autuação nos seguintes termos:

“Inicialmente, apesar de não ter sido arguida questão específica de nulidade, verifico que o presente lançamento foi efetuado de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente à irregularidade apurada, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos.

Ressalto, ainda, que o sujeito passivo pode exercer de forma plena o seu direito ao exercício do contraditório, diante, inclusive, do fato da peça apresentada analisar detidamente a autuação, o que denota pleno conhecimento de todo o teor da acusação, e o pleno exercício de seus direitos fundamentais, não havendo do que se falar de cerceamento ao direito de defesa.

Dessa forma, o Auto de Infração atende aos requisitos legais, estando presentes todos os pressupostos exigidos na norma para a sua validade, especialmente os artigos 142 do CTN e 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99, pelo que passo à análise do mérito, como se segue.

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

Inconformado, com fundamento no art. 169, I, “b” do Decreto nº 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia), o contribuinte interpôs Recurso Voluntário às fls. 133 a 144, mediante o qual aduz as razões a seguir expostas.

Preliminarmente, suscita a nulidade do Acórdão JF nº 0228-01/22-VD sob o argumento de que os Autuantes não teriam comprovado que as mercadorias comercializadas se destinaram a uso, consumo ou ativo permanente dos adquirentes, razão pela qual defende a Recorrente que a autuação carece da devida fundamentação, o que viola os princípios da ampla defesa e do contraditório, previstos no artigo 5º, LV da CF/88.

Em relação ao mérito, sustentou que as mercadorias apontadas na autuação foram destinadas à industrialização e, de acordo com a Cláusula Segunda do Protocolo ICMS 26/10, a aquisição de mercadorias cuja finalidade seja de industrialização não se sujeita ao recolhimento antecipado de ICMS por substituição tributária, motivo pelo qual o crédito, constituído através do presente Auto de Infração, é indevido.

Por fim, a Recorrente concluiu o seu recurso requerendo a reforma do acórdão recorrido e a consequente anulação da autuação considerando todas as inconsistências e ilegalidades apontadas. Pleiteou, ademais, que as intimações sejam feitas exclusivamente em nome do advogado Daniel Vilas Boas, inscrito na OAB/MG sob o nº 74.368, no endereço profissional indicado na peça recursal, sob pena de nulidade.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto com amparo no art. 169, inciso I, alínea “b” do RPAF, em face do Acórdão de nº 0228-01/22-VD, proferido pela 1ª JF, que julgou Parcialmente Procedente o Auto de Infração em exame.

Preliminarmente, suscita a Autuada, ora Recorrente, que o lançamento seria nulo pelo fato de os Autuantes não terem se desincumbido do ônus de comprovar o fato de que as mercadorias comercializadas se destinaram a uso, consumo ou a ativo permanente dos adquirentes. Argumenta que, por conta disso, a autuação é nula em razão da ausência da devida fundamentação, em violação às garantias constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

Ao contrário do quanto sustentado pela Recorrente, entendo que o lançamento em questão foi devidamente fundamentado, estando clara a acusação de que o contribuinte deixou de reter e

recolher o DIFAL de material destinado a uso, consumo ou ativo permanente dos adquirentes. Na planilha de fl. 06, os Autuantes elencam os dados das operações, objeto da autuação, descrevendo os bens comercializados (NCMs 7213.10.00 e 7213.91.90), bem como acostam, às fls. 07 e 08, as fichas cadastrais perante a SEFAZ-BA das empresas adquirentes, que possuem a indicação das atividades por elas desempenhadas, elementos a partir dos quais os Autuantes concluíram que os materiais adquiridos se destinaram a uso, consumo ou ativo permanente do estabelecimento.

Cumprе salientar que o presente Auto de Infração decorre do refazimento do Auto de Infração nº 298624.0007/20-0, julgado nulo em razão de erro de enquadramento. Nesse Auto Infração o contribuinte foi acusado de *“recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento”*, enquanto que a acusação correta, conforme reconhecido pelos próprios Autuantes nos autos do referido processo, é a de que a empresa vendeu mercadoria para uso ou consumo/ativo de estabelecimento localizado em outro estado da federação e cabe ao Estado da Bahia receber a diferença entre a alíquota interna do estado destinatário e a alíquota interestadual, o que foi corrigido com a lavratura da presente autuação.

Tendo em vista que devidamente fundamentado o Auto de Infração, o contribuinte se defendeu amplamente, apresentando, ao longo do processo, as razões pelas quais entende pela improcedência da autuação, em observância ao devido processo legal.

Por essa razão, entendo que não há motivos para se entender pela nulidade da autuação, uma vez que o Auto de Infração foi devidamente fundamentado e lavrado em observância à legislação, em especial os artigos 142 do CTN e 39 do RPAF, inexistindo, no meu entender, qualquer prejuízo ao direito de defesa da Autuada.

No que diz respeito ao mérito, a acusação de que o contribuinte deixou de reter e recolher a diferença entre a alíquota interna e a interestadual de material usado para uso, consumo ou ativo permanente de adquirentes localizados no Estado da Bahia está lastreada no artigo 10 da Lei nº 7.014/96 e nas Cláusulas primeira e terceira a quinta do Protocolo ICMS 26/2010, que trata sobre a substituição tributária nas operações com materiais de construção e congêneres entre os estados signatários. Sustenta a Recorrente que, por força da Cláusula segunda, inciso II, desse Protocolo, as disposições nele contidas não se aplicam *“às operações que destinem mercadorias a estabelecimento industrial para emprego em processo de industrialização como matéria-prima, produto intermediário e material de embalagem”*, o que afirma se verificar no caso em tela.

Com o reconhecimento pela JJF de que os fatos geradores anteriores a 06/06/2017 foram atingidos pela decadência, restaram em discussão apenas os fatos ocorridos a partir dessa data, em relação aos quais, conforme se verifica do demonstrativo de fl. 06, figuram como adquirentes a mesma empresa, qual seja a KJFR Serviços e Eventos Ltda. – ME, cuja razão social atualmente é KJRF Negócios Imobiliários Ltda., que possui como atividade principal a prestação de serviço de feiras, congressos e exposições e festas. Como atividades econômicas secundárias, se encontram a administração de condomínios, de shopping centers e de outros imóveis, o aluguel de palcos, coberturas e outras estruturas de uso temporário, exceto andaimes, bem como a gestão de instalações de esportes (fl. 08). Verifica-se, portanto, que a referida empresa não possui atividade industrial, razão pela qual não possui qualquer amparo a argumentação da Recorrente.

Cumprе salientar que a Autuada não apresentou qualquer prova com o objetivo de comprovar a alegação de que, na época dos fatos imputáveis, as mercadorias se destinaram a estabelecimento industrial para emprego em processo de industrialização ou mesmo qualquer situação que afastasse a aplicação do Protocolo ICMS 26/10.

Tendo em vista as disposições do Protocolo ICMS 26/10 e do artigo 10 na Lei nº 7.014/96, que preveem, entre outras, as obrigações de retenção e recolhimento do ICMS-DIFAL relativo aos materiais, no protocolo indicados, comercializados com a finalidade de uso, consumo ou ativo permanente de adquirentes localizados, entre outros Estados, no Estado da Bahia, é certo que

deveria a Recorrente, ao realizar a comercialização dos bens para a referida empresa, em alguma medida, ter investigado a finalidade da aquisição com o objetivo de agir em conformidade ao que determina a legislação. Para tanto, a Recorrente deveria não só ter analisado os CNAEs principal e secundários da empresa adquirente, mas também ter se cercado de todos os elementos probatórios que demonstravam, na época, a inexistência da obrigação de retenção e recolhimento do ICMS DIFAL, o que se revela ainda necessário quando os CNAEs não se referem, a priori, a atividades de industrialização.

Diante do exposto, concluo pela manutenção da decisão recorrida nos termos em que proferida, motivo pelo qual voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298624.0019/22-4, lavrado contra **ARCELORMITTAL BRASIL S/A**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 29.622,60**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 07 de março de 2024.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

CAMILA MAGNAVITA DA FONSECA CAMARGO – RELATORA

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