

PROCESSO	- A. I. N° 279463.0001/15-8
RECORRENTE	- ARCELORMITTAL BRASIL S/A.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF n° 0043-01/23-VD
ORIGEM	- DAT SUL / IFEP SUL
PUBLICAÇÃO	- INTRANET 19.12.2024

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0300-11/24-VD

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. O recorrente realizou operações de saídas de mercadorias sem efetuar a devida tributação. 2. RECOLHIMENTO A MENOS. ALÍQUOTA. ERRO DE APLICAÇÃO. VENDAS DE MERCADORIAS POR ESTABELECIMENTO ATACADISTA FILIAL DE INDÚSTRIA A CONTRIBUINTES MICROEMPRESAS, EMPRESAS DE PEQUENO PORTO E AMBULANTES. MERCADORIAS PRODUZIDAS POR TERCEIROS. A adoção da alíquota de 7%, por estabelecimento atacadista filial de indústria, nas vendas a microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes, inscritos no Cadastro Estadual, é condicionada a que as mercadorias tenham sido produzidas pela própria empresa. Inaplicável o benefício quando as vendas se referirem a mercadorias produzidas por terceiros, inclusive estabelecimento do mesmo “grupo empresarial”. 3. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. O sujeito passivo não efetuou a retenção e o recolhimento do imposto devido por substituição tributária. Alegação recursal de que o imposto fora retido na operação anterior não restou comprovada. Não acolhida a nulidade suscitada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão proferida por meio do Acórdão da 1ª JJF (Junta de Julgamento Fiscal) N° 0043-01/23-VD, que julgou Procedente o Auto de Infração acima epigrafado, lavrado no dia 31/03/2015 para formalizar a constituição de crédito tributário no montante de R\$ 964.384,45, sob a acusação do cometimento das 3 (três) irregularidades assim discriminadas na instância originária:

“Infração 01 - 02.01.03 - Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2012, janeiro a dezembro de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 530.482,09, acrescido da multa de 60%. Consta que o contribuinte classificou algumas operações como se já tivessem encerrada a tributação, em mercadorias cuja tributação se daria na saída;

Infração 02 - 03.02.02 - Recolheu a menos ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2012, janeiro a dezembro de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 345.731,42, acrescido da multa de 60%. Consta que o estabelecimento auditado, filial atacadista de indústria, praticou operações de venda de mercadorias a microempresas, empresas de pequeno porte e/ou ambulantes adotando a alíquota favorecida de 7%, com relação a mercadorias adquiridas de terceiros, não fabricados pela mesma, em desacordo com o disposto no artigo 51, § 1º, inciso I, do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto n° 6.284/97 e art. 16, inciso I, alínea “c”, da Lei n° 7.014/96 c/c o § 1º, inciso I, do mesmo artigo;

Infração 03 - 07.02.03 - Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para

contribuintes localizados neste Estado, nos meses de junho a outubro de 2012, abril a dezembro de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 88.170,94, acrescido da multa de 60%. Consta que o contribuinte, filial atacadista, deixou de reter o ICMS, em algumas operações que classificou como se já houvessem sido tributadas na entrada”.

A JJF apreciou a lide no dia 28/03/2023 e julgou o Auto de Infração Procedente, nos seguintes termos (fls. 469 a 488):

“VOTO

Versa o Auto de Infração em reexame sobre o cometimento de três infrações à legislação do ICMS, sendo, todas, objeto de impugnação.

Antes de tudo, cumpre observar que a decisão anterior desta Junta de Julgamento Fiscal em desconsiderar a exigência fiscal atinente ao exercício de 2013 em todas às três infrações, decorreu de um equívoco incorrido por este Colegiado, em face, também, de um equívoco incorrido pela Fiscalização que não identificou corretamente os dados e informações atinentes ao exercício de 2013, fazendo-o apenas no tocante ao exercício de 2012, constando no “Recibo de Arquivos Eletrônicos” (fl.30 dos autos), “2012”. “EFD_ItensSaidaIcms”, sem qualquer indicação referente ao exercício de 2013.

Entretanto, essa questão da nulidade restou afastada corretamente pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal quando o ilustre Conselheiro/Relator consigna corretamente no seu voto que... é possível notar que o CD citado, à folha 31, contém três arquivos distintos, denominados “2012”, “EFD_ItensSaidaIcms” e “Termo de inicio”. O primeiro arquivo (“2012”) contém os demonstrativos de débito relativos ao exercício de 2012, relacionados às três infrações apuradas. Já o segundo demonstrativo (“EFD_ItensSaidaIcms”) contém os demonstrativos de débito relativos ao exercício de 2013, relacionados, também, às três infrações apuradas.

Feito o registro acima, passo a apreciar a nulidade arguida pelo impugnante no sentido de que, quanto o autuante tenha pretendido esclarecer as razões nas quais se baseou para o lançamento originário, tal fato não autoriza a sua readequação para novos critérios jurídicos, diferentes daqueles até então sustentados, ainda que oportunizado o aditamento de defesa ao contribuinte, ocorrendo violação aos artigos 146 e 149 do CTN.

Observo que o autuante contesta a argumentação defensiva afirmando que desde o início a autuação se baseia no fato de que o Contribuinte deixou de recolher o ICMS normal (infração 01) e o ICMS substituído (infração 03) para algumas operações, sendo que em algumas operações o Contribuinte agiu corretamente.

Efetivamente, a análise das peças que compõem o presente processo permite constatar que assiste razão ao autuante quando diz que o lançamento originariamente está fundamentado no fato de que o autuado não recolheu o ICMS “normal” e o ICMS-ST, para algumas operações.

O exame dos elementos constantes dos autos, especialmente a descrição das infrações 01 e 03 e demonstrativos elaborados pelo autuante, bem como da Informação Fiscal e Manifestação do impugnante, permite constatar que não houve a aduzida situação nova e muito menos readequação para novos critérios jurídicos, diferentes daqueles até então sustentados.

Verifica-se que quando o autuante na Informação Fiscal diz que o autuado deixou de considerar que, na qualidade de filial atacadista, deve homogeneizar os procedimentos relativos à substituição tributária, ou seja, como contribuinte substituto que é, deve aproveitar tanto o ICMS normal quanto o ICMS relativo à substituição tributária, e, no final, proceder a retenção na saída desses produtos, não trouxe uma situação nova e muito menos uma readequação para novos critérios jurídicos, diferentes daqueles até então sustentados, mas sim uma explicação, uma manifestação de entendimento sobre o procedimento correto que deveria ter sido adotado pelo autuado.

Portanto, no presente caso, não há que se falar em modificação ou alteração do lançamento, haja vista que se assim fosse assistiria razão ao impugnante quanto à violação aos artigos 146 e 149 do Código Tributário Nacional - CTN, por não ser possível alterar-se o lançamento originariamente efetuado.

Diante disso, não acolho a nulidade arguida.

Quanto à perícia requerida pelo impugnante, considero desnecessária a sua realização, haja vista que os elementos acostados aos autos se apresentam suficientes para convencimento e decisão da lide. Ademais, as provas dos fatos não dependem de conhecimento especial de peritos, sendo de pleno conhecimento dos julgadores que compõem este órgão julgador. Indefiro, portanto, o pedido com fulcro no art. 147, II, “a”, do RPAF/99.

Conforme relatado, esta Junta de Julgamento Fiscal, por unanimidade, julgou procedente em parte o presente Auto de Infração, nos termos do Acórdão JJF N°. 0196-01/16, sendo que, em face as exclusões efetuadas referentes ao exercício de 2013 em todas as três infrações, recorreu de ofício da decisão para uma das Câmaras do CONSEF, consoante determina o art. 169, inciso I, alínea “a” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto n° 7.629/99.

Ocorreu que a 2ª Câmara de Julgamento Fiscal ao apreciar o Recurso de Ofício e o Recurso Voluntário interposto pelo autuado, decretou a nulidade da decisão recorrida e devolveu os autos à Primeira Instância para novo julgamento, conforme o Acórdão CJF Nº. 0014-12/19.

Antes, porém, de decretar a nulidade da decisão, nos termos do Acórdão CJF Nº. 0014-12/19, a 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, considerando que é direito do Contribuinte se utilizar do ICMS normal e do ICMS-ST pagos na aquisição de mercadorias cuja saída subsequente venha a ser tributada, conforme previsto no Regulamento do ICMS, deliberou, tendo em vista a busca da verdade material, por baixar o processo em diligência à IFEP SUL, a fim de que o autuante intimasse o autuado a apresentar demonstrativo mensal, relacionando todos os documentos fiscais de entrada, relativos às aquisições de “vergalhão” no período objeto da autuação, com a identificação das notas fiscais respectivas e o valor do ICMS-ST pago, em relação ao qual não tivesse se apropriado do crédito.

No mérito, ultrapassada as questões de nulidade, considerando que o autuado impugnou conjuntamente as infrações 01 e 03 por estarem intrinsecamente relacionadas, do mesmo modo passo ao exame de ambas as infrações, nos exercícios de 2012 e 2013.

A infração 01 diz respeito à falta de recolhimento do ICMS em razão de ter o autuado praticado operações tributáveis como não tributáveis regularmente escrituradas. A acusação fiscal é complementada com o registro de que o contribuinte classificou algumas operações como se já tivessem com a fase de tributação encerrada, referente a mercadorias cuja tributação se daria na saída.

Já a infração 03, trata de 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 no Estado da Bahia. Consta como complementação da acusação fiscal que o contribuinte, filial atacadista, deixou de reter o ICMS, em algumas operações que classificou como se já houvessem sido tributadas na entrada.

O exame dos demonstrativos e planilhas elaborados pelo autuante, constante do CD acostado aos autos, permite constatar que o levantamento fiscal referente à infração 01, no exercício de 2012, abrange exclusivamente duas mercadorias, no caso arame recozido - AR. RECOZIDO 1.24 RL 50KG, código NCM 72171090 - e vergalhão - CA50 8.00 MM RETO 12.0 M FX 2500 KG, código NCM 72142000.

Observo que no período objeto da autuação, ou seja, 2012 e 2013, o arame recozido AR. RECOZIDO 1.24 RL 50KG, código NCM 72171090, sempre teve a tributação normal (crédito/débito), portanto, não constando dos Anexos 1 do RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780/12. Na realidade, o arame que consta dos referidos Anexos 1 é: Arame farpado, de ferro ou aço arames ou tiras, retorcidos, mesmo farpados, de ferro ou aço, dos tipos utilizados em cercas – 7313.

Quanto ao vergalhão - CA50 8.00 MM RETO 12.0 M FX 2500 KG, código NCM 72142000 – em 2012 já estava enquadrado no regime de substituição tributária, portanto, desde que efetuada a retenção/antecipação na etapa anterior a saída posterior ocorreria com a fase de tributação encerrada.

Entretanto, no presente caso, a resposta dada pelo autuante aos questionamentos apresentados pelo então Relator do presente processo, ilustre Auditor Fiscal José Bizerra Lima, no cumprimento da diligência solicitada por esta Junta de Julgamento Fiscal, afasta qualquer dúvida de que o autuado adotou a sistemática de tributação normal na entrada deste produto, conforme se vê da transcrição abaixo das respostas dadas pelo autuante:

Como são escrituradas as entradas? O contribuinte adota a sistemática de substituição tributária?

“As entradas foram tratadas pela sistemática de tributação normal, com aproveitamento do crédito do ICMS destacado. Caberia à autuada aproveitar também o ICMS retido anteriormente (quando houvesse).”

Desse modo, no exercício de 2012, a infração é procedente.

Quanto ao exercício de 2013, verifico que as mercadorias arroladas no levantamento foram diversas, a exemplo de Eletrodo, Prego, Tela, Tubo etc., sendo que o autuado tratou as entradas pela sistemática de tributação normal, com aproveitamento do crédito fiscal do ICMS destacado no documento fiscal, conforme o resultado da diligência acima reportado, sendo, desse modo, também subsistente a infração no exercício de 2013.

Vale observar que o direito ao crédito fiscal do ICMS “normal” e do ICMS ST, é inquestionável, em face às operações de saídas das mercadorias ocorrerem com tributação, aliás, registre-se, como assim procedeu o autuado no tocante à mercadoria “vergalhão”, quando se creditou do ICMS “normal”, conforme esclarecido pelo autuante na informação fiscal e elementos que trouxe aos autos.

Certamente que o autuado também faz jus ao crédito fiscal do ICMS ST, crédito fiscal este que não foi possível se determinar em decorrência da ausência de elementos comprobatórios de suas alegações.

Relevante observar que ao contestar a alegação defensiva de que, no caso da mercadoria “vergalhão” o imposto foi pago por antecipação, o autuante comprova que as aquisições da referida mercadoria pelo autuado

ocorreram com creditamento do ICMS, inclusive nos poucos casos em que houve retenção, de acordo com os lançamentos realizados na sua EFD do período, dos quais extraiu os dados.

Cabível ainda observar que o autuante registrou no seu último pronunciamento que o CD (fl. 429) trazido pelo autuado, não pode ser lido, fato este que sequer foi abordado pelo autuado na sua última Manifestação. De fato, verifiquei que assiste razão ao autuante quando diz que o referido CD não pode ser lido, o que não permitiu, inclusive, que a alegação de que parcela das operações que representaram vendas pelos canais 20 (industrialização) e 40 (consumo, com vendas inclusive para pessoas físicas), situações em que não há obrigatoriedade de retenção e recolhimento do ICMS-ST pudesse ser confirmada.

Diante do exposto, a infração 01 é procedente no valor total de ICMS devido de R\$ 530.482,09.

No que tange à infração 03, no exercício de 2012, apenas a mercadoria vergalhão - CA50 8.00 MM RETO 12.0 M FX 2500 KG, código NCM 72142000 – foi arrolada na autuação, conforme se verifica no demonstrativo elaborado pelo autuante, constante do CD anexado aos autos.

Assim, por se tratar de uma mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, cabe a exigência do ICMS devido pela operação própria, exigido na infração 01, bem como o ICMS referente à substituição tributária, conforme exigido neste item da autuação. Já no exercício de 2013 foram arroladas as mercadorias constantes na infração 01 no exercício de 2013, cabível, desse modo, a exigência fiscal pelos mesmos fundamentos aduzidos na infração 01.

Diante disso, a infração 03 é procedente no valor de ICMS devido de R\$ 88.170,94.

No que tange à infração 02, observo que o autuado já figurou no polo passivo de autuação cuja matéria é a mesma tratada no Auto de Infração em questão. Ou seja, na qualidade de filial atacadista de indústria, o autuado praticou operações de venda de mercadorias a microempresas, empresas de pequeno porte e/ou ambulantes aplicando a alíquota de 7%, com relação a mercadorias adquiridas de terceiros, portanto, não fabricados pelo estabelecimento industrial da empresa, em desacordo com o disposto no artigo 51, § 1º, inciso I, do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97 - vigente no período de janeiro a março de 2012 - e art. 16, inciso I, alínea "c", da Lei nº 7.014/96 c/c o § 1º, inciso I, do mesmo artigo.

Precisamente, em decisão da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal proferida nos termos do Acórdão CJF Nº 0315-11/15, o entendimento firmado apontou no sentido de que, é inaplicável o benefício quando as vendas se referirem a mercadorias produzidas por terceiros, inclusive empresa do mesmo “grupo empresarial”.

A ementa do referido Acórdão apresenta o seguinte enunciado:

EMENTA: ICMS. ALÍQUOTA. ERRO DE APLICAÇÃO. VENDAS DE MERCADORIAS POR ESTABELECIMENTO ATACADISTA FILIAL DE INDÚSTRIA A CONTRIBUINTES MICROEMPRESAS, EMPRESAS DE PEQUENO PORTO E AMBULANTES. MERCADORIAS PRODUZIDAS POR TERCEIROS.
A adoção da alíquota de 7%, por estabelecimento atacadista filial de indústria, nas vendas a microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes, inscritos como tais no cadastro estadual é condicionada a que as mercadorias tenham sido produzidas pela própria empresa. Exegese do artigo 16 da Lei nº 7.014/96. Inaplicável o benefício quando as vendas se referirem a mercadorias produzidas por terceiros, inclusive empresa do mesmo “grupo empresarial”. Não acolhidas as preliminares de nulidade. MULTA. Falta de competência deste Conselho para apreciar a constitucionalidade de Lei. Determinação contida no artigo 167 do RPAF. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

Efetivamente, tratando-se o autuado de filial atacadista de estabelecimento industrial apenas as operações de saídas realizadas com mercadorias industrializadas por estabelecimentos pertencentes à mesma empresa – indústria Arcelormittal Brasil S.A. – destinadas a microempresa, empresa de pequeno porte e/ou ambulantes poderão ocorrer com a aplicação da alíquota de 7%, na forma prevista no art. 51, § 1º, inciso I, do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97 e art. 16, inciso I, alínea “c”, § 1º, inciso I da Lei nº 7.014/96.

Por certo que se tratando de mercadorias oriundas de empresa do mesmo “grupo empresarial”, no caso Belgo Bekaert Nordeste S/A, CNPJ básico 14.044.853, Belgo Bekaert Arames Ltda. CNPJ básico 61.074.506, Manchester Tubos e Perfilados S/A, CNPJ básico 25.878.901, e Soluções em Aço Usiminas S/A, CNPJ básico 42.956.441, conforme consignado pelo autuante, é inaplicável a alíquota de 7%, prevista no art. 51, § 1º, inciso I, do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97 e art. 16, inciso I, alínea “c”, § 1º, inciso I da Lei nº 7.014/96. Tais estabelecimentos não pertencem a mesma empresa do autuado, cujo CNPJ básico é 17.469.701. Ou seja, esses estabelecimentos fabris pertencem ao mesmo grupo empresarial – conforme aduzido pelo autuante – entretanto, não pertencem à mesma empresa. Vale dizer que, apesar de pertencentes ao mesmo grupo empresarial, cada estabelecimento possui um CNPJ básico próprio, portanto, não se confundem com estabelecimentos pertencentes à mesma empresa – em que os estabelecimentos possuem o mesmo CNPJ básico.

O art. 51, I, “c”, § 1º, I, do RICMS-BA e art. 16, inciso I, alínea “c”, § 1º, inciso I da Lei nº 7.014/96,

estabelecem como condição para que a alíquota de 7% seja aplicada que as saídas das mercadorias ocorram diretamente do estabelecimento fabricante situado neste Estado com destino a empresas de pequeno porte e microempresas inscritas no cadastro estadual, optantes do Simples Nacional, exceto em se tratando das mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Assim sendo, considerando que nas operações arroladas neste item da autuação essa condição indispensável não foi atendida, resta evidente a irregularidade incorrida pelo autuado ao aplicar a alíquota de 7%.

Cumpre observar que apesar da aplicação da alíquota reduzida ir ao encontro aos ditames constitucionais que favorecem às microempresas, empresa de pequeno porte e ambulantes, esse fato, por si só, não justifica a utilização da alíquota de 7% nos casos em que as mercadorias não tenham sido fabricadas pelo autuado.

Diante disso, a infração 02 é subsistente no valor total de R\$ 345.731,42, conforme apontado no Auto de Infração.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração”.

Respaldado no art. 169, I, “b” do RPAF/99, o contribuinte interpõe Recurso Voluntário às fls. 499 a 520, no qual inicia aduzindo a tempestividade da peça e sintetizando os fatos.

No tocante às infrações 01 e 03, que contesta em conjunto, sustenta que não devem prosperar, pela ilegitimidade da exigência, pela nulidade da autuação ou pela impropriedade das imputações.

É que em momento algum, antes da informação fiscal, a Fiscalização apontou o art. 356, § 3º do RICMS/97 ou o art. 291 do RICMS/12, o que viola os artigos 146 e 149 do CTN (Código Tributário Nacional).

O recorrente alegou, por amostragem de notas fiscais, que o imposto, seja ele incidente na operação própria, seja nas operações subsequentes, já havia sido recolhido anteriormente, sob a sistemática da substituição tributária.

Entretanto, o Fisco argumentou que a autuação procede, mesmo na situação de recolhimento de todo o tributo na operação anterior, na medida em que o contribuinte deveria ter homogeneizado os procedimentos de recolhimento da exação, devendo se creditar tanto do ICMS comum quanto do ICMS-ST recolhido pelo fornecedor e, na saída da mercadoria, debitar o ICMS próprio e o ICMS-ST devidos. Isso é exatamente o que está previsto nos artigos 356, § 3º do RICMS/97 e 291 do RICMS/12, invocados para manter a cobrança, violando os artigos 146 e 149 do CTN (Código Tributário Nacional), o que afirma com base em doutrina e em jurisprudência.

Alega ausência de capituloção legal no que diz respeito à sua responsabilidade pelo pagamento do tributo ora exigido. Conforme se depreende do Auto de Infração, bem como do curso do contencioso instaurado, as mercadorias adquiridas por si relacionadas nas infrações 01 e 03, vergalhão e arame recozido, estariam sujeitas à sistemática da substituição tributária, devendo, em regra, o imposto correspondente à entrada no seu estabelecimento, bem como o tributo exigido nas operações subsequentes, serem recolhidos integralmente nas etapas anteriores pelos substitutos tributários eleitos pela legislação.

Resta claro que a imputação da falta de recolhimento do imposto ancorou-se no artigo 8º, § 5º da Lei nº 7.014/96, e não nos citados incisos II, dos artigos 2º e 8º da mesma Lei, adotados como fundamentos do lançamento de ofício, em evidente contrariedade com o art. 142 do CTN.

Pontua ainda que, prevalecendo o entendimento de que o Estado da Bahia pode exigir o imposto novamente, a despeito de já ter sido recolhido pelo regime da substituição tributária, não considerando, assim, a tributação como encerrada, há que se determinar o cômputo, pelo fiscal, do crédito do valor do ICMS-ST anteriormente recolhido por si.

Pugna pela inexistência de amparo legal para aplicação isolada da multa, visto que esta decorre de conduta que sequer poderia ter sido praticada pelo recorrente. *Ad argumentandum tantum*, seria o caso da exigência apenas do imposto, uma vez que quem não observou o regime da substituição tributária foi o fornecedor.

Quanto à infração 02, alega a sua improcedência no mérito, uma vez que, conforme o art. 16 da Lei nº 7.014/96, a alíquota minorada aplica-se nas operações advindas de estabelecimentos

industriais neste Estado, praticadas por pessoas jurídicas submetidas ao regime normal de apuração, para micro, empresas de pequeno porte e ambulantes, inscritos como tal. As operações entabuladas por filial atacadista que comercializa produtos industrializados por outro estabelecimento da pessoa jurídica de que faz parte também se sujeitam à alíquota de 7%. O fato de as mercadorias terem sido adquiridas de terceiros não invalida o benefício, a seu ver.

Argumenta que a multa é confiscatória e desproporcional, motivo pelo qual pede o seu afastamento, e encerra pleiteando deferimento.

VOTO

No que concerne à validade do procedimento administrativo e da Decisão recorrida, que analisou todas as questões suscitadas na impugnação, o autuante e os julgadores de primeira instância expuseram com clareza e correção a fundamentação de fato e de direito, descreveram as imputações, indicando os documentos e demonstrativos, com seus dados, informações e cálculos, assim como apontaram o embasamento jurídico, que se mostra acertado, claro e compreensível.

O auditor refutou a argumentação defensiva, afirmando que, desde o início, a autuação se baseia no fato de que o contribuinte deixou de recolher o ICMS normal (infração 01) e o ICMS substituído (infração 03). Em relação algumas operações, visto que no que diz respeito a outras o recorrente agiu corretamente.

Com efeito, não houve a aduzida situação nova, muito menos a readequação para novos critérios jurídicos, diferentes daqueles até então sustentados.

Quando o agente fiscalizador, ao prestar informação fiscal, afirma que o sujeito passivo deixou de considerar que, na qualidade de filial atacadista, deve homogeneizar os procedimentos relativos à substituição tributária, ou seja, como contribuinte substituto que é, deve aproveitar tanto o ICMS normal quanto o ICMS relativo à substituição tributária, e, no final, proceder à retenção na saída dos produtos, não trouxe uma situação nova e muito menos uma readequação para novos critérios jurídicos, diferentes daqueles até então sustentados, mas sim um registro de entendimento sobre o procedimento correto que deveria ter sido adotado pelo apelante.

Não há que se falar em modificação ou alteração do lançamento, muito menos em violação aos artigos 146 e 149 do Código Tributário Nacional - CTN.

Também não foi identificada violação ao princípio da busca da verdade material, da motivação, do devido processo legal ou a quaisquer outros de Direito Constitucional, Administrativo ou Tributário, em especial os do Processo Administrativo Fiscal (artigo 2º do RPAF/99), tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório.

Rejeitada a preliminar de nulidade.

No mérito, a infração 01 tem relação com a falta de recolhimento do ICMS, em razão de ter o recorrente praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. O contribuinte classificou algumas operações como se já tivessem com a fase de tributação encerrada, referentes a mercadorias cuja tributação do ICMS “normal” se daria na saída.

Já a infração 03 versa sobre a 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 no Estado da Bahia. O contribuinte, filial atacadista, deixou de reter o ICMS em algumas operações, que classificou como se já houvessem sido tributadas na entrada.

Conforme o que restou esclarecido no Voto de origem:

“O exame dos demonstrativos e planilhas elaborados pelo autuante, constante do CD acostado aos autos, permite constatar que o levantamento fiscal referente à infração 01, no exercício de 2012, abrange exclusivamente duas mercadorias, no caso arame recobrido - AR. RECOZIDO 1.24 RL 50KG, código NCM 72171090 - e vergalhão - CA50 8.00 MM RETO 12.0 M FX 2500 KG, código NCM 72142000.

Observo que no período objeto da autuação, ou seja, 2012 e 2013, o arame recozido AR. RECOZIDO 1.24 RL 50KG, código NCM 72171090, sempre teve a tributação normal (crédito/débito), portanto, não constando dos Anexos I do RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780/12. Na realidade, o arame que consta dos referidos Anexos I é: Arame farpado, de ferro ou aço arames ou tiras, retorcidos, mesmo farpados, de ferro ou aço, dos tipos utilizados em cercas – 7313.

Quanto ao vergalhão - CA50 8.00 MM RETO 12.0 M FX 2500 KG, código NCM 72142000 – em 2012 já estava enquadrado no regime de substituição tributária, portanto, desde que efetuada a retenção/ antecipação na etapa anterior a saída posterior ocorreria com a fase de tributação encerrada”.

A resposta dada pelo autuante aos questionamentos apresentados pelo então relator na JJF (Junta de Julgamento Fiscal) do presente processo, i. auditor fiscal José Bizerra Lima, no cumprimento de diligência solicitada, esclarece que o sujeito passivo adotou a sistemática de tributação normal na entrada, conforme se vê na transcrição abaixo das respostas dadas pelo autuante:

Como são escrituradas as entradas? O contribuinte adota a sistemática de substituição tributária?

“As entradas foram tratadas pela sistemática de tributação normal, com aproveitamento do crédito do ICMS destacado. Caberia à autuada aproveitar também o ICMS retido anteriormente (quando houvesse).”

Com referência ao segundo exercício fiscalizado, de 2013, as mercadorias autuadas foram eletrodo, prego, tela, tubo etc. O sujeito passivo tratou as entradas pela sistemática da tributação normal, com aproveitamento do crédito do ICMS destacado no documento fiscal.

O auditor, ao contestar a alegação defensiva de que, no caso da mercadoria “vergalhão”, o imposto foi pago por antecipação, comprovou que as aquisições deste bem pelo recorrente ocorreram com creditamento do ICMS, inclusive nos poucos casos em que houve retenção, de acordo com os lançamentos realizados na EFD (Escrituração Fiscal Digital).

De acordo com o i. relator “*a quo*”:

“Cabível ainda observar que o autuante registrou no seu último pronunciamento que o CD (fl. 429) trazido pelo autuado, não pode ser lido, fato este que sequer foi abordado pelo autuado na sua última Manifestação. De fato, verifiquei que assiste razão ao autuante quando diz que o referido CD não pode ser lido, o que não permitiu, inclusive, que a alegação de que parcela das operações que representaram vendas pelos canais 20 (industrialização) e 40 (consumo, com vendas inclusive para pessoas físicas), situações em que não há obrigatoriedade de retenção e recolhimento do ICMS-ST pudesse ser confirmada.

Diante do exposto, a infração 01 é procedente no valor total de R\$ 530.482,09”.

Relativamente ao direito de crédito, alinho-me com a JJF, na medida em que:

“Vale observar que o direito ao crédito fiscal do ICMS “normal” e do ICMS ST, é inquestionável, em face às operações de saídas das mercadorias ocorrerem com tributação, aliás, registre-se, como assim procedeu o autuado no tocante à mercadoria “vergalhão”, quando se creditou do ICMS “normal”, conforme esclarecido pelo autuante na informação fiscal e elementos que trouxe aos autos.

Certamente que o autuado também faz jus ao crédito fiscal do ICMS ST, crédito fiscal este que não foi possível se determinar em decorrência da ausência de elementos comprobatórios de suas alegações.

Relevante observar que ao contestar a alegação defensiva de que, no caso da mercadoria “vergalhão” o imposto foi pago por antecipação, o autuante comprova que as aquisições da referida mercadoria pelo autuado ocorreram com creditamento do ICMS, inclusive nos poucos casos em que houve retenção, de acordo com os lançamentos realizados na sua EFD do período, dos quais extraiu os dados”.

Quanto à terceira imputação, em referência aos exercícios de 2012/2013, consta a mercadoria vergalhão - CA50 8.00 MM RETO 12.0 M FX 2500 KG, de código NCM/SH 72142000. Uma vez enquadrada no regime da substituição tributária, é pertinente a exigência do ICMS relativo esse regime de apuração.

No tocante à infração 02, na qualidade de filial atacadista de indústria, o recorrente praticou operações de venda de mercadorias a microempresas, empresas de pequeno porte e/ ou ambulantes, aplicando a alíquota de 7%, com relação a mercadorias adquiridas de terceiros, não fabricadas pelo estabelecimento industrial da empresa, em desacordo com o disposto no artigo 51, § 1º, inciso I do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97 - vigente no período de janeiro a março de 2012 - e art. 16, inciso I, alínea “c” da Lei nº 7.014/96 c/c § 1º, inciso I do

mesmo artigo, no que diz respeito às demais ocorrências.

Em decisão da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, referente ao mesmo autuado, proferida nos termos do Acórdão CJF Nº 0315-11/15, tal entendimento restou assentado:

"EMENTA: ICMS. ALÍQUOTA. ERRO DE APLICAÇÃO. VENDAS DE MERCADORIAS POR ESTABELECIMENTO ATACADISTA FILIAL DE INDÚSTRIA A CONTRIBUINTES MICROEMPRESAS, EMPRESAS DE PEQUENO PORTE E AMBULANTES. MERCADORIAS PRODUZIDAS POR TERCEIROS. A adoção da alíquota de 7%, por estabelecimento atacadista filial de indústria, nas vendas a microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes, inscritos como tais no cadastro estadual é condicionada a que as mercadorias tenham sido produzidas pela própria empresa. Exegese do artigo 16 da Lei nº 7.014/96. Inaplicável o benefício quando as vendas se referirem a mercadorias produzidas por terceiros, inclusive empresa do mesmo "grupo empresarial". Não acolhidas as preliminares de nulidade. MULTA. Falta de competência deste Conselho para apreciar a constitucionalidade de Lei. Determinação contida no artigo 167 do RPAF. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime".

Sendo filial atacadista de estabelecimento industrial, apenas as operações de saída realizadas com mercadorias industrializadas por estabelecimentos pertencentes à mesma empresa – indústria ARCELORMITTAL BRASIL S.A. – destinadas a microempresa, empresa de pequeno porte e/ ou ambulantes, poderão ocorrer com a aplicação da alíquota de 7%, na forma prevista no art. 51, § 1º, inciso I do Regulamento do ICMS/BA-97 e art. 16, inciso I, alínea “c”, § 1º, inciso I da Lei nº 7.014/96.

No que se refere ao caráter supostamente confiscatório da multa, este órgão não tem competência para exercer controle de constitucionalidade, tampouco para negar eficácia a norma emanada de autoridade superior, a teor do art. 167, I e III do RPAF/99.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 o Auto de Infração nº 279463.0001/15-8, lavrado contra ARCELORMITTAL BRASIL S.A., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 964.384,45, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “a” e “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 19 de novembro de 2024.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

PAULO DANILÓ REIS LOPES – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS