

PROCESSO - A. I. N° 207098.0004/11-1
RECORRENTE - ARCELORMITTAL BRASIL S/A. (CIA. SIDERÚRGICA BELGO MINEIRA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0162-01/12
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 28/05/2013

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0146-11/13

EMENTA: ICMS. 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDAS REALIZADAS PARA CONTRIBUINTES EM SITUAÇÃO CADASTRAL IRREGULAR. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Restou comprovado que os destinatários das mercadorias se encontravam em situação cadastral irregular no período em que as operações foram realizadas, atribuindo ao vendedor a condição de contribuinte substituto obrigado a fazer a retenção e recolhimento do imposto. Infração caracterizada. 2. ALÍQUOTAS. ERRO NA SUA APLICAÇÃO. VENDA DE MERCADORIAS POR EMPRESA INDUSTRIAL A CONTRIBUINTES DO SIMBAHIA EM SITUAÇÃO CADASTRAL IRREGULAR. APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA DE 7%, EM VEZ DE 17%. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. A adoção da alíquota de 7%, por estabelecimento industrial, nas vendas a microempresas e empresas de pequeno porte, não é cabível quando os destinatários se encontram em situação cadastral irregular. Infração caracterizada. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. CRÉDITO PRESUMIDO. O crédito presumido foi apurado e confrontado com o que o escriturado, restando comprovado valor apropriado a mais que o previsto na legislação. Não comprovada à alegação de que a parte apropriada indevidamente refere-se à escrituração extemporânea de crédito presumido. Infração não elidida. 4. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. O levantamento fiscal comprova omissão de saídas de mercadorias. Não comprovado as alegações de que houve erro na conversão das quantidades e das quantidades computadas que foram escrituradas no livro Registro de Inventário. Infração subsistente. Não acolhido o pedido de redução da multa por falta de amparo legal. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVADO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração acusa o cometimento de oito infrações totalizando valor exigido de R\$875.742,66, sendo que o Recurso Voluntário interposto nos termos do art. 169, I, “b” do RPAF/99 (fls. 2430/2441) refere-se às infrações 1, 2, 4 e 7, que acusam:

1. Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado (2007 e 2008), sendo exigido ICMS no valor de R\$5.234,53, acrescido da multa de

60%. Consta se tratar de falta de retenção e recolhimento do ICMS na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas saídas de mercadorias tributadas para contribuintes em situação cadastral irregular: cancelado, baixado e/ou em processo de baixa. Conforme anexos 01 e 02;

2. Recolheu a menos ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas (2007 e 2008), sendo exigido ICMS no valor de R\$10.622,21, acrescido da multa de 60%. Consta se referir a falta de recolhimento do ICMS em decorrência de erro na aplicação da alíquota pelo uso indevido do benefício previsto no Dec. 7.466/98 – vendas para contribuintes na condição de ME e EPP com situação cadastral irregular: cancelado, baixado e/ou em processo de baixa, com aplicação de alíquota especial. Conforme demonstrativos constantes dos anexos 03 e 04;
4. Utilizou indevidamente crédito fiscal presumido de ICMS (2007e 2008), sendo exigido ICMS no valor de R\$419.441,71, acrescido da multa de 60%. Consta se referir a utilização a mais de crédito fiscal decorrente de lançamento de crédito fiscal presumido no registro de Apuração de ICMS, pelas entradas para comercialização de aços planos em valor superior ao permitido, na forma do Decreto nº 7.378/98. Conforme anexos nº 6, 6A, 7 e 07A;
7. Falta de recolhimento do ICMS em decorrência de omissão de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias nos exercícios de 2007 e 2008, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis, sendo exigido ICMS no valor de R\$423.690,68, acrescido da multa de 70%. Conforme demonstrativos constantes dos anexos 11 a 12E, 13 a 14F.

A 1ª JJF na Decisão prolatada (fls. 2364/2380) fundamentou que em relação às infrações 1, 2, 4 e 7:

Do exame das peças referentes à infração 01, concluo que assiste razão ao autuante ao manter integralmente este item da autuação.

Isso porque, efetivamente, nos termos do art. 353, inciso I, do RICMS/BA, a responsabilidade pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, é do contribuinte que efetuar saída de mercadorias destinadas a outro não inscrito no Cadastro de Contribuintes.

Assim dispõe o dispositivo regulamentar acima referido:

“Art. 353. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos 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:

I - o contribuinte que efetuar saída de mercadorias destinadas a outro não inscrito no Cadastro de Contribuintes, no caso de tê-las recebido sem o recolhimento antecipado do imposto;”

Observo que o registro feito pelo autuante quanto ao entendimento de que o contribuinte do ICMS que exerce suas atividades comerciais com a inscrição estadual irregular, é considerado, para todos os efeitos, contribuinte não inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS, estando sujeito às regras do art. 353, I., do RICMS/BA, de fato, tem sido prevalente neste CONSEF, bem como nas respostas de consultas dadas pela Diretoria de Tributação da Superintendência de Administração Tributária – DITRI, da SEFAZ/BA.

Também, porque não procede a argumentação defensiva de que no momento das operações glosadas, os destinatários não tinham situação cadastral irregular, haja vista que, a análise das inscrições estaduais identificadas nos três grupos aduzidos na peça de defesa, permite constatar que, no momento da realização das operações os adquirentes relacionados se encontravam com as suas inscrições estaduais irregulares no cadastro de contribuintes, conforme extratos da respectiva situação cadastral extraídos do INC, acostados aos autos pelo autuante às fls. 44 a 60, referente à infração 01.

Diante disso, restando comprovado que os destinatários se encontravam em situação cadastral irregular, a infração 01 é integralmente subsistente.

No respeitante à infração 02, observo que o autuado aplicou a alíquota de 7%, nas vendas a microempresas e empresas de pequeno porte, inscritos como tais no cadastro estadual, contudo, que no momento da realização das operações se encontravam em situação cadastral irregular, conforme extratos da respectiva situação cadastral extraídos do INC, acostados aos autos às fls. 71 a 82, razão pela qual não é aplicável o benefício da redução da carga tributária, resultante da adoção da alíquota de 7% em vez da de 17%, conforme previsto no art. 51, § 1º, II, do RICMS/BA.

Desse modo, restando comprovado que os destinatários se encontravam em situação cadastral irregular, a infração 02 é subsistente.

...
Relativamente à infração 04, constato que diz respeito à utilização indevida de crédito fiscal, decorrente de lançamento de crédito fiscal presumido no registro de Apuração de ICMS, pelas entradas para comercialização de aços planos em valor superior ao permitido, na forma do Decreto nº 7.378/98.

O referido Decreto nº 7.378/98, estabelece que:

“Art. 1º O estabelecimento industrial consumidor de aços planos poderá utilizar crédito fiscal presumido sobre o valor das entradas das matérias primas classificadas nas seguintes posições da Nomenclatura Comum do Mercosul - Sistema Harmonizado (NCM-SH) e conforme os percentuais constantes do Anexo Único deste Decreto.

Parágrafo único. O crédito presumido de que trata este artigo fica limitado ao valor correspondente ao serviço de transporte:

I - da usina produtora até o estabelecimento industrial;

II - da usina produtora até o estabelecimento comercial;

III - do estabelecimento comercial até o estabelecimento industrial, devendo, neste caso, constar do corpo da nota fiscal que documentar a saída com destino à industria o valor do serviço de transporte ocorrido nas operações anteriores, ou seja, da usina até o estabelecimento.”.

Conforme se verifica da leitura do decreto acima transcrito, trata-se de um crédito presumido condicionado, limitado ao valor correspondente ao serviço de transporte.

Conforme análise do livro Registro de Apuração do ICMS do contribuinte, cuja cópia encontra-se acostada às fls. 367 a 466, verifica-se que foram realizados lançamentos mensais diretamente no campo “Crédito do Imposto – 006 – Outros Créditos”, a título de “Créditos Presumidos Aços Planos Conf. Planilha”.

Observo que o autuante solicitou ao contribuinte a remessa das Planilhas referidas, das Notas Fiscais e dos Conhecimentos de Transportes Rodoviários de Cargas – CTRC correspondentes às entradas mensais, no que foi atendido, conforme cópia às fls. 212 a 362, sendo que, que de posse da Planilha enviada e dos documentos fiscais, aduzidos efetuou o batimento com os valores lançados mensalmente no livro Registro de Apuração do ICMS, concluindo que em determinados meses o valor lançado como crédito presumido foi superior ao permitido pelas regras do Decreto nº 7.378/98, conforme demonstrativos constantes dos Anexos 06, 06A, 07 e 07 A, o que motivou a imputação da infração 04.

Saliente que o próprio autuado reconhece que utilizou crédito extemporâneo em uma situação totalmente atípica, uma vez que o Decreto limitou a utilização do crédito fiscal ao valor correspondente ao serviço de transporte utilizado.

Diz que neste caso, não encontrou nenhuma explicação plausível para lançamentos de créditos fiscais extemporâneos. As planilhas anexadas pelo autuado (doc. 11), em nada esclarece ou justifica os tais créditos extemporâneos, que, mais uma vez, entende ser totalmente despropositados e sem apresentar nenhuma consonância com os ditames do Decreto 7.378/98.

Manifesta o entendimento de que caso a empresa tivesse deixado de efetuar o lançamento do crédito presumido em determinado mês ou se o fizesse em valor menor do que o corretamente calculado, deveria peticionar à autoridade fazendária, solicitando autorização para lançamento do crédito fiscal extemporâneo, previsto no Decreto 7.378/98, não utilizado ou utilizado a menos, acostando prova documental do objeto da petição e, após deferimento, efetuar o lançamento na coluna apropriada do livro Registro de Apuração do ICMS com a indicação de se tratar de crédito fiscal extemporâneo, apartado do lançamento do crédito presumido do mês, atendendo também ao disposto no art. 101 do RICMS/BA, que dispõe sobre utilização de crédito fiscal extemporâneo.

Consigna, por fim, que examinando o livro Registro de Apuração do ICMS, conforme cópia às fls. 367 a 466, não identificou qualquer lançamento a título de crédito fiscal extemporâneo, bem como, também não localizou no SIPRO nenhum processo tratando deste assunto.

Por outro lado, verifico que o autuado ao se manifestar sobre as alegações do autuante, consignou que na impugnação esclareceu que houve apenas aproveitamento extemporâneo dos créditos, permitido pela legislação estadual se respeitado o prazo de cinco anos da data do documento (art. 93, § 3º do RICMS/BA), e, ademais, que o crédito extemporaneamente aproveitado o foi devidamente, conforme comprovam as cópias dos livros fiscais de apuração e entradas e planilhas (docs. 09, 10 e 11 da inicial).

Registra que em sua manifestação o Fisco fundamentalmente sustenta que o crédito extemporâneo seria vedado porque o Decreto limitou a utilização do crédito fiscal ao valor correspondente ao “serviço de transporte efetivamente realizado”, e, ademais, teria o contribuinte o dever de peticionar à autoridade fazendária, solicitando a autorização para lançamento do crédito extemporâneo, caso fosse legítimo fazê-lo, em atendimento ao art. 101 do RICMS/BA.

Afirma que, no entanto, esse entendimento é equivocado em virtude de, pelo menos, três razões.

Primeiro, porque, como já dito e não refutado diretamente pelo Fisco, o fato de parte dos créditos ter sido apropriada extemporaneamente não significa que tais créditos são ilegítimos; ao contrário, a própria legislação estadual permite o aproveitamento extemporâneo dos créditos, desde que respeitado o prazo de cinco anos da data do documento, conforme art. 93, § 3º do RICMS/BA, o que foi observado pela empresa.

Segundo, porque uma interpretação literal do próprio art. 101 do RICMS mencionado pelo Fisco conduziria ao mesmo resultado de legitimidade do crédito extemporâneo, visto que o citado artigo estabelece que a escrituração do crédito fiscal pode ser efetuada tanto no período em que se verificar a entrada da mercadoria ou a aquisição de sua propriedade ou a prestação do serviço por ele tomado (inciso I) quanto “no período em que se verificar ou configurar o direito à utilização do crédito” (inciso II). Aduz que conforme visto, o direito do crédito permanece desde que seja respeitado o prazo de cinco anos previsto no art. 93, § 3º do RICMS/BA.

Terceiro, porque, ainda que assim não fosse, nem o art. 101 do RICMS/BA, muito menos o ato de lançamento podem contrariar a forma como o legislador complementar tratou da questão sob pena de afronta à hierarquia das leis e, em última instância à legalidade. Isso porque a Lei Complementar 87/96 estabelece, no seu art. 23, a legalidade de aproveitamento extemporâneo de créditos de ICMS, desde que respeitado o prazo quinquenal, cuja redação transcreve.

Reitera que, caso sejam examinados os créditos apurados e utilizados, incluso os utilizados extemporânea e legalmente, não há que se falar em aproveitamento de créditos presumidos para além dos limites legais, pelo que devem ser julgadas improcedentes todas as exigências relativas à infração 04.

A análise dos argumentos apresentados pelo impugnante e contestação do autuante, exige que sejam feitas algumas abordagens sobre o que foi dito, para melhor elucidação da lide.

No que tange a afirmativa do autuante de que o autuado deveria, caso tivesse deixado de efetuar o lançamento do crédito presumido em determinado mês ou se o fizesse em valor menor do que o corretamente calculado, peticionar à autoridade fazendária, solicitando autorização para lançamento do crédito fiscal extemporâneo, previsto no Decreto 7.378/98, não utilizado ou utilizado a menos, acostando prova documental do objeto da petição e, após deferimento, efetuar o lançamento na coluna apropriada do livro Registro de Apuração do ICMS com a indicação de se tratar de crédito fiscal extemporâneo, apartado do lançamento do crédito presumido do mês, atendendo também ao disposto no art. 101 do RICMS/BA, que dispõe sobre utilização de crédito fiscal extemporâneo, observo que se apresenta parcialmente correta.

Isto porque, nos termos do art. 101 do RICMS/BA, feito o lançamento extemporâneo o contribuinte fará comunicação escrita à repartição fiscal a que estiver vinculado, se o lançamento ocorrer no mesmo exercício financeiro, sendo que, se o lançamento ocorrer em exercício já encerrado, exigir-se-á, além da comunicação escrita e da observância do prazo de 5 anos, que os serviços prestados ou as mercadorias tenham sido objeto de tributação ou que permaneçam ainda em estoque inventariado, registrando-se o crédito diretamente no livro Registro de Apuração do ICMS, no quadro "Crédito do Imposto - Outros Créditos". Ou seja, não há previsão de que seja peticionada a autoridade fazendária autorização para o creditamento extemporâneo, cuja escrituração somente poderia ocorrer após o deferimento, conforme aduzido pelo autuante..

Veja-se o que determina o referido art. 101 do RICMS/BA.

“Art. 101. A escrituração do crédito fiscal será efetuada pelo contribuinte nos livros fiscais próprios:

I - no período em que se verificar a entrada da mercadoria ou a aquisição de sua propriedade ou a prestação do serviço por ele tomado;

II - no período em que se verificar ou configurar o direito à utilização do crédito.

§ 1º A escrituração do crédito fora dos períodos de que cuida este artigo somente poderá ser efetuada com observância das seguintes regras:

I - feito o lançamento, o contribuinte fará comunicação escrita à repartição fiscal a que estiver vinculado, se o lançamento ocorrer no mesmo exercício financeiro;

II - se o lançamento ocorrer em exercício já encerrado, exigir-se-á, além da comunicação escrita e da observância do prazo de 5 anos:

a) que os serviços prestados ou as mercadorias tenham sido objeto de tributação ou que permaneçam ainda em estoque inventariado, registrando-se o crédito diretamente no livro Registro de Apuração do ICMS, no quadro "Crédito do Imposto - Outros Créditos";

b) que a utilização do crédito fiscal ocorra concomitantemente com o registro da mercadoria na escrita fiscal, quando a mercadoria, embora não inventariada, encontrar-se fisicamente no estoque.

§ 2º Quando a escrituração do crédito fiscal for efetuada fora do período próprio, a causa determinante do lançamento extemporâneo será anotada na coluna "Observações" do Registro de Entradas ou, quando for o caso, na coluna "Observações" do Registro de Apuração do ICMS.

§ 3º Tratando-se de reconstituição de escrita, esta dependerá de prévia autorização da repartição fiscal.

§ 4º Tratando-se do imposto antecipado parcialmente, nos termos do art. 352-A, o direito à escrituração do crédito se configurará com o seu recolhimento."

Entretanto, assiste razão ao autuante quando diz que o contribuinte deverá efetuar o lançamento na coluna apropriada do livro Registro de Apuração do ICMS com a indicação de se tratar de crédito fiscal extemporâneo, apartado do lançamento do crédito presumido do mês, haja vista que esta é a determinação do §2º do art. 101, acima reproduzido, ou seja: Quando a escrituração do crédito fiscal for efetuada fora do período próprio, a causa determinante do lançamento extemporâneo será anotada na coluna "Observações" do Registro de Entradas ou, quando for o caso, na coluna "Observações" do Registro de Apuração do ICMS.

Já com relação a afirmativa do impugnante de que o fato de parte dos créditos ter sido apropriada extemporaneamente não significa que tais créditos são ilegítimos; ao contrário, a própria legislação estadual permite o aproveitamento extemporâneo dos créditos, desde que respeitado o prazo de cinco anos da data do documento, conforme art. 93, § 3º do RICMS/BA, o que foi observado pela empresa, efetivamente, não merece qualquer reparo.

Contudo, quanto à afirmativa de que caso sejam examinados os créditos apurados e utilizados, incluso os utilizados extemporânea e legalmente, não há que se falar em aproveitamento de créditos presumidos para além dos limites legais, não há como prosperar.

Isto porque, conforme salientado pelo autuante, não foi encontrada qualquer explicação plausível para lançamentos de créditos presumidos extemporaneamente, sendo que, as planilhas anexadas pelo autuado (doc. 11), em nada esclarecem ou justificam os créditos extemporâneos. Ademais, a análise do livro Registro de Apuração do ICMS, conforme cópia às fls. 367 a 466, não permite identificar qualquer lançamento a título de crédito fiscal extemporâneo.

Certamente, caberia ao autuado esclarecer a causa determinante do lançamento extemporâneo do crédito presumido, inclusive anotando na coluna "Observações" do Registro de Entradas ou, na coluna "Observações" do Registro de Apuração do ICMS, o que não foi feito, razão pela qual a ilegitimidade do creditamento não decorre de sua escrituração extemporânea – mesmo porque a escrituração trata-se de matéria de natureza acessória -, mas sim da ausência de comprovação da origem do lançamento, mesmo havendo oportunidade para tanto quando da apresentação da defesa e manifestação posterior.

Diante disso, a infração 04 é integralmente subsistente.

No tocante à infração 07, verifico que o impugnante argumenta como razões para a improcedência deste item da autuação que não foram convertidos em quilogramas os produtos que constam do estoque segundo unidades de medida diferentes, como peças ou barras, bem como, que não foram levados em conta os produtos lançados no inventário no final do mês, e no livro fiscal no início do mês seguinte.

Frisa que o Fisco alegou que a auditoria de estoque que levou a cabo teria sido realizada segundo os ditames da Portaria 445/98, tendo levado em conta uma tabela de conversão de unidades de medida e, ademais, que o levantamento quantitativo de estoque é feito em exercício fechado, levando em conta o estoque do final do exercício anterior como inventário inicial, restando invalidada a planilha anexada pelo contribuinte (cfr. fls. 2323/2324). Com isso, decidiu por ignorar a planilha anexada pelo contribuinte, elaborada a partir dos documentos e livros fiscais concernentes, na qual consta levantamento de todo o estoque, com a conversão dos produtos que estão em diferentes unidades de medida para a unidade de medida em quilogramas, bem como a menção aos produtos lançados no inventário no final do mês e no livro fiscal no início do mês seguinte, demonstrando cabalmente, ponto a ponto, que não há diferenças relevantes entre entradas, de um lado, e saídas e inventário, de outro.

Vejo também que o autuante esclarece que efetuou o levantamento em conformidade com as disposições da Portaria 445/98, tendo sido utilizado o Sistema Informatizado de Auditoria Fiscal, com lastro nas informações dos arquivos magnéticos enviados pelo contribuinte para a Sefaz, através do Sintegra, devidamente validado e confrontado com os lançamentos nos livros e documentos fiscais apresentados pelo contribuinte à Fiscalização.

Esclarece que após a finalização do roteiro de estoque, tendo constatado diferenças caracterizando tanto omissões de entradas como omissões de saídas de mercadorias tributadas, enviou o Demonstrativo das Omissões para análise da Analista Tributária da empresa, e, se fosse o caso, apresentasse justificativas sobre o resultado encontrado.

Salientou o autuante que a referida Analista Tributária retornou através e-mail informando que algumas mercadorias que apresentaram diferenças decorreram de equívocos entre as unidades de medida informadas no Registro 54 (entradas e saídas) e as unidades de medidas inventariadas, e, no mesmo e-mail, enviou uma tabela

de conversão que serviu de base para a elaboração de novo levantamento de estoque (fls. 2.326 a 2.343), sendo ainda encontrado diferenças de estoques, objeto deste item da autuação.

Contesta o argumento defensivo de que não foram convertidos em quilogramas os produtos que constam do estoque segundo unidades de medida diferentes, como peças ou barras, afirmado que diante disso, cai por terra este argumento do impugnante.

Quanto ao argumento de que não foram levados em conta os produtos lançados no inventário no final do mês, e no livro fiscal no início do mês seguinte, afirma que é totalmente despropositado, pois, o levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado, leva em conta as mercadorias inventariadas no final do exercício anterior que constitui o estoque inicial ou inventário inicial do exercício fiscalizado, ou seja, as mesmas mercadorias, quantidades, unidades de medidas e valores do inventário final coincidem em sua totalidade com o inventário inicial, componente da equação: Estoque inicial + Entradas (compras) – Saídas (vendas) = Estoque final.

Assinala que conforme se verifica, foram levados em consideração para a elaboração do levantamento de estoque dos exercícios de 2007 e 2008, o inventário final do exercício de 2006, que pelas regras do Convênio 57/95 – Sintegra, foi repetido no registro 74 do mês de janeiro de 2007 e assim sucessivamente, ressaltando que todos os dados do inventário constantes do registro 74 foram cotejados com os dados constantes do livro Registro de Inventário sem evidenciar nenhuma diferença entre estes.

Quanto à planilha anexada pelo impugnante, diz que fica invalidada para os fins a que se propôs, por não apresentar informações sobre estoque inicial e final, saídas e entradas, ou seja, aparentemente trata-se da mesma planilha de conversão que lhe foi enviada, conforme mencionado acima.

A análise dos elementos acostados aos autos atinente à esta infração permite constatar que assiste razão ao autuante quanto a este item da autuação.

Efetivamente, descabe o argumento defensivo de que não foram convertidos em quilogramas os produtos que constam do estoque segundo unidades de medida diferentes, como peças ou barras, haja vista que se verifica claramente que isto foi feito no levantamento fiscal, conforme as planilhas e demonstrativos elaborados pelo autuante.

Também não pode prosperar o argumento defensivo de que não foram levados em conta os produtos lançados no inventário no final do mês, e no livro fiscal no início do mês seguinte, tendo em vista que houve sim a consideração do estoque inicial ou inventário inicial do exercício fiscalizado. Ou seja, as mesmas mercadorias, quantidades, unidades de medidas e valores do inventário final coincidem em sua totalidade com o inventário inicial.

Dessa forma, considerando que no levantamento levado a efeito pelo autuante foram constatadas diferenças tanto de saídas como de entradas, sendo o imposto exigido tomado por base a diferença de maior expressão monetária, no caso, a das saídas tributáveis, que restou devidamente comprovada, a infração 07 é integralmente subsistente.

Quanto à argumentação defensiva referente às multas, vale consignar que o reconhecimento das infrações 05,06 e 08, acompanhado do respectivo pagamento, não afasta a imposição das multas, portanto, não sendo cabível o cancelamento, conforme aduzido pelo impugnante.

No que concerne à alegação defensiva de que as multas têm o caráter confiscatório, saliento que as multas indicadas no Auto de Infração em exame estão previstas no art. 42 da Lei nº 7.014/96, não tendo este órgão julgador administrativo competência para apreciação do seu aspecto confiscatório.

No tocante à redução ou cancelamento das multas, cumpre observar que por se tratar de multas por descumprimento de obrigação principal a competência para apreciação do pedido é da Câmara Superior deste CONSEF.

Diante do exposto, as infrações 01, 02 ,04, 05, 06, 07 e 08 são subsistentes e a infração 03 insubstancial.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado o valor recolhido.

No Recurso interposto, o sujeito passivo (fls. 2431 a 2441), inicialmente descreve as infrações e ressalta que reconheceu como devida as infrações 5, 6 e 8. Comentam as demais infrações, argumentos defensivos e diz que mesmo excluída a infração 3, persistem equívocos.

No tocante à infração 1, afirma existir três grupos de destinatários com Inscrição Estadual de nº^s:

- a) 66351840, 28144957, 51736378, 50975969, 51831976, 52871052, 72805173, 68379830, 74019723, 68089085 – situação cadastral regular, conforme consulta do cadastro, não cabendo qualquer tipo de glossa;

- b) 59615572, 65371191, 68089085, 68379830, 72805173, 74019723 e 75798289 - baixada em data posterior à data das operações, indicando não ter problema cadastral;
- c) 28144957, 50975969, 51736378, 51831976 e 52871052 com situação cadastral regular, ativa.

Afirma que a legislação estadual exige situação regular para realizar saídas tributáveis, por decorrência lógica não poderia exigir ICMS-ST porque “*eles jamais poderiam juridicamente dar saídas tributadas às mercadorias adquiridas*”. Requer a improcedência das infrações 1 e 2.

Relativamente à infração 4, afirma que fez aproveitamento do crédito fiscal extemporâneo, previsto no art. 93, §3º do RICMS/97, dentro do prazo de cinco anos. Contesta a apreciação da JJF de que as planilhas e livro de RAICMS (fls. 367/466), não comprovem a existência do crédito fiscal.

Argumenta que os créditos foram escriturados com base nos registros feitos no livro Registro de Entrada e RAICMS. Reitera o pedido para ser examinado os créditos fiscais apurados e utilizados.

No tocante à infração 7, reitera que o levantamento fiscal contém dois equívocos:

- A) Não foram convertidos em quilogramas os produtos estocados como peças ou barras;
- B) Não foram levados em conta os produtos lançados no inventário no final do mês, e no livro fiscal no início do mês seguinte.

Transcreve parte do texto contido no Acórdão da Decisão ora recorrida e diz que não corresponde a verdade dos fatos, o que pode ser comprovado pela análise dos documentos juntados com a defesa.

Ressalta que as planilhas anexadas convertem os produtos de diferentes unidades de medida em quilogramas, bem como, mencionam os produtos lançados no inventário no final do mês e no livro fiscal do início do mês seguinte, demonstrando, inexistir diferenças.

Pugna pela reforma da Decisão da 1ª JJF e improcedência da infração 7.

Quanto às infrações 5, 6 e 8, salienta que fez o recolhimento do valor do imposto e multas, porém na Decisão prolatada não foram deduzidos tais valores, o que solicita considerar.

No que tange aos porcentuais de multa de 60% e 70%, transcreve diversas decisões de Tribunais Superiores que declararam serem abusivas e confiscatórias, e da mesma forma a Taxa SELIC.

Por fim, requer a improcedência das infrações 1, 2, 4 e 7, exclusão dos valores das infrações 5, 6 e 8, (principal, mais multas) e redução das multas em atendimento ao princípio da equidade, nos termos do art. 42, §8º da Lei 7.014/96.

A PGE/PROFIS no Parecer exarado às fls. 2447/2449 opinou que no tocante às infrações 1 e 2, diante das irregularidades da inscrição dos destinatários constante dos extratos juntados às fls. 44/60 e 71/72, e é devido o recolhimento do ICMS-ST.

No tocante à infração 4, manifesta entendimento de que não houve comprovação da origem do lançamento e indevido o crédito fiscal escriturado.

Quanto à infração 7, afirma que o recorrente não carreou ao processo provas capazes de alterar o levantamento quantitativo de estoques efetuado pela fiscalização.

Relativamente ao pedido de redução ou cancelamento das multas, deve ser encaminhada à Câmara Superior do CONSEF, se atendidos os requisitos previstos no art. 159 do RPAF/BA.

VOTO

O Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo engloba as infrações 1, 2, 4 e 7.

No tocante às infrações 1 e 2, o recorrente alegou que parte das empresas estavam com inscrição estadual regular no momento que emitiu notas fiscais contra eles, e incabível estas exigências.

Constato que na Decisão proferida pela 1^a JJF, foi fundamentado que na data da realização das operações todos os contribuintes objeto da autuação se encontravam com inscrição estadual irregular e correta a exigência do ICMS-ST (infração 1) e cabível a aplicação da alíquota de 17% por não preencher os requisitos previstos no Decreto nº 7.466/98 (infração 2) e não a alíquota de 7% prevista no art. 51, § 1º, II, do RICMS/BA.

Pela análise dos elementos contidos no processo, constata-se que ao contrário do que foi afirmado, pelo recorrente, e decidido pela 1^a JJF, na data da realização das operações os destinatários se encontravam em situação irregular no cadastro de contribuintes, a exemplo das inscrições:

- a) 66.351.840, conforme extrato à fl. 48 esteve inapto no período de 14/03/07 a 16/04/07 e foi exigido o imposto nas infrações 1 e 2, relativa a este período conforme fl. 32 a 35.
- b) 59.615.572, conforme extrato à fl. 47, esteve inapto no período de 03/08/06 a 31/12/07 e foi exigido o imposto no período conforme fls. 32 a 34.
- c) 28.144.957, conforme extrato à fl. 49, esteve inapto no período de 14/03/07 a 16/04/07 e foi exigido o imposto neste período conforme fl. 35.

Quanto ao argumento de que não poderia exigir ICMS-ST de contribuintes com situação irregular, não pode ser acolhida, tendo em vista que nada impede que o contribuinte não inscrito, inapto ou baixado pratique operações de comercialização de mercadorias.

Entretanto, a legislação do ICMS atribui ao remetente a responsabilidade pelo lançamento e recolhimento do ICMS, quando destinada a outro contribuinte não inscrito (art. 353, I do RICMS/97 – infração 1) e só é aplicável o benefício da redução da carga tributária com adoção da alíquota de 7% em vez de 17% quando a venda for efetuado para contribuintes regularmente inscritos (art. 51, §1º, II do RICMS/97). Portanto, correta a Decisão recorrida no tocante às infrações 1 e 2.

No tocante à infração 4, afirma que fez aproveitamento do crédito fiscal extemporâneo, previsto no art. 93, §3º do RICMS/97, dentro do prazo de cinco anos. Contesta a apreciação da JJF de que as planilhas e livro de RAICMS (fls. 367/466), não comprovem a existência do crédito fiscal.

Argumenta que os créditos foram escriturados com base nos registros feitos no livro Registro de Entrada e RAICMS. Reitera o pedido para ser examinado os créditos fiscais apurados e utilizados

Relativamente à infração 4, que acusa utilização indevida de crédito fiscal, decorrente de lançamento de crédito fiscal presumido no RAICMS, relativa à comercialização de aços planos, o recorrente alega que aproveitou extemporaneamente o crédito fiscal.

Verifico que este argumento já foi apreciado pela JJF, fundamentando que a previsão de utilização do *crédito fiscal presumido relativo aos serviços de transporte* é prevista no art. 1º, II (*da usina produtora até o estabelecimento comercial*), tendo a empresa registrado o crédito presumido no livro RAICMS conforme cópias acostadas às fls. 367 a 466, (006 – *Outros Créditos*”, “*Créditos Presumidos Aços Planos Conf. Planilha*”), mas não apresentou a planilha correspondente.

E ainda, que os documentos juntados com a defesa (doc. 11) não esclarece e nem justifica os créditos fiscais escriturados.

Pela análise dos elementos contidos no processo, constato que a fiscalização elaborou demonstrativo analítico no qual relacionou os CTRCs e valor do crédito presumido (fls. 142/144 e 206/210), transportou para os demonstrativos sintéticos e comparou com o valor escriturado, exigindo a diferença apropriada a mais. Tomando como exemplo o mês de maio/07, foi apurado montante de crédito presumido de R\$21.303,83 (fl. 142) e a empresa escriturou no livro RAICMS valor de R\$25.000,00 (fl. 387), o que resultou em diferença exigida R\$3.696,17 (fl. 387).

Por sua vez, o doc. 11, juntado com a defesa, relativo ao mesmo mês, indica no demonstrativo sintético à fl. 1738 estes mesmos valores de “apuração” e “utilização” e o demonstrativo analítico

correspondente às fls. 1750/1751 indica totalização naquele mês de R\$19.130,08. Logo, é de se concluir que o mencionado demonstrativo faz prova contra a empresa.

Quanto ao argumento do recorrente de que na Decisão da primeira instância foi afirmado que a legislação permite efetivar o lançamento extemporâneo do crédito fiscal no prazo de cinco anos (art. 93, § 3º do RICMS/97), da leitura do conteúdo do texto (fl. 2420) pode se concluir que o relator fundamentou que não constituiria nenhuma irregularidade escriturar o crédito fiscal extemporâneo, mas logo em seguida, apreciou que as planilhas juntadas com a defesa “*não foi encontrada qualquer explicação plausível para lançamentos de créditos presumidos extemporaneamente...*”.

Pelo exposto, não tendo o recorrente apresentado qualquer prova capaz de modificar a Decisão proferida na Primeira Instância, com relação à infração 4, a mesma deve ser mantida.

Quanto à infração 7, que acusa omissão de saída de mercadorias, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques, o recursivo argumenta que a fiscalização (i) não converteu as quantidades de peças ou barras em quilogramas e (ii) não levou em conta os produtos lançados no inventário no final do mês, e no livro fiscal no início do mês seguinte.

Constatou que estes argumentos, também, já foram apreciados na Decisão da Primeira Instância.

A JJF fundamentou que a fiscalização aplicou uma tabela de conversão de unidades de medida e, levou em conta o estoque do final do exercício anterior como inventário inicial. Aplicou que resta “*invalidada a planilha anexada pelo contribuinte (cfr. fls. 2323/2324)*” por apresentarem “*conversão dos produtos que estão em diferentes unidades de medida para a unidade de medida em quilogramas, bem como a menção aos produtos lançados no inventário no final do mês e no livro fiscal no início do mês seguinte, demonstrando cabalmente, ponto a ponto, que não há diferenças relevantes entre entradas, de um lado, e saídas e inventário, de outro*”. Também, que foram cotejados os dados contidos no registro 74 do SINTEGRA com os escriturados no livro Registro de Inventário e não foi constatada nenhuma diferença entre estes.

Pela análise dos documentos juntados com a defesa, a exemplo do anexo 12 (fls. 1771 a 1906), verifico que a empresa juntou um demonstrativo no qual indicou quantidades em unidades de medidas diversas, a quantidade correspondente em quilogramas e a diferença a considerar.

Tomando como exemplo o produto com código 101769 – CA 50 6,3 MM 12,0 M FX 25, no demonstrativo juntado pela empresa à fl. 1771 foi indicado entrada em 31/01/08 pela Nota Fiscal nº 57566 indicando quantidade de 500 BR e quantidade em peso de 1470 Kg. Por sua vez, o autuante na informação fiscal às fls. 2323/2325 esclareceu que no levantamento fiscal fez conversão em kg de acordo com a tabela às fls. 2328/2343. Na fl. 2331 para este produto (101769) foi indicado que 1000 BR equivale a 2.940 kg, ou seja, 1BR = 2,94Kg.

Confrontado com os dados computados no levantamento procedido pela fiscalização, constato que no demonstrativo/entrada à fl. 636, foi computando entrada de 1470 kg da referida Nota Fiscal nº 57566. O livro Registro de Inventário às fls. 698 e 607 e 640 indica estoque inicial de 64.891,4 kg daquele produto.

Logo, pode se concluir que o levantamento fiscal foi feito com base em quantidades convertidas em quilogramas, inclusive como escriturado nos inventários e informado pelo estabelecimento autuado e apesar de o apelante ter reapresentado os mesmos argumentos da defesa e apreciados pela JJF, não trouxe qualquer fato novo que comprovasse erro no levantamento efetuado pela fiscalização ou da Decisão ora recorrida. Por isso, deve ser mantida a Decisão da 1ª JJF.

Com relação ao argumento de que efetuou o recolhimento dos valores exigidos nas infrações 5, 6 e 8, tanto do imposto como das multas e a Decisão prolatada não fez as deduções de tais valores, verifico que este procedimento está correto. O Acórdão da Decisão indica os valores das infrações acusadas o que foram confirmadas, inclusive as que foram reconhecidas e quitadas pelo sujeito passivo, excluindo apenas os valores relativos às infrações julgadas improcedentes

(ou nulas). Os valores já reconhecidos e recolhidos serão homologados quando ocorrer à liquidação total do Auto de Infração, pelo órgão competente.

No que concerne à alegação de que os porcentuais das multas de 60% e 70% serem abusivas e confiscatórias, e da mesma forma a Taxa SELIC, ressalto que as mesmas são previstas no art. 42 da Lei nº 7.014/96 e art. 102, § 2º, II da Lei nº 3.956/81 (COTEB), portanto, são legais, inclusive como decidiu o STJ no REsp 973189-MG, que *"ante a existência de lei estadual que determina o uso da mesma taxa moratória utilizada pela Fazenda Federal, mostra-se legítimo o uso da SELIC"*.

Quanto à suposta constitucionalidade, não é pertinente a apreciação nesta instância, haja vista que, este órgão julgador não tem competência para declarar a constitucionalidade da legislação tributária, nos termos do art. 167 do RPAF/BA.

Além disso, 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 indicadas nos demonstrativos às fls. 6 a 9, poderão ser reduzidos de até 80% a depender da atitude do contribuinte em relação ao pagamento do débito, o que implica em valor da multa menor que a nominal.

Relativamente ao pedido de redução ou cancelamento das multas, como observado na Decisão da primeira instância, se tratar de multas por descumprimento de obrigação principal a competência para apreciação do pedido é da Câmara Superior deste CONSEF, nos termos do art. 159 do RPAF/BA.

Por tudo que foi exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, devendo ser homologados os valores efetivamente pagos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 207098.0004/11-1, lavrado contra ARCELORMITTAL BRASIL S/A. (CIA. SIDERÚRGICA BELGO MINEIRA), devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$868.007,22, acrescido das multas de 60% sobre R\$444.316,54 e 70% sobre R\$423.690,68, previstas no art. 42, incisos II, alíneas "a", "e" e "f", VII, "a" e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores efetivamente pagos

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de maio de 2013.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS