

A. I. N° **-101647.0001/13-7**
AUTUADO - CEDISA CENTRAL DE AÇO S.A.
AUTUANTE - MARIA NAZARÉ HORA SILVA
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
INTERNET - 03.09.2014

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0170-01/14

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS EFETUADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. **a)** SAÍDAS DE MERCADORIAS COM TRIBUTAÇÃO NORMAL E AMPARADAS COM REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO [SIC], ORIUNDAS DO ESPÍRITO SANTO, COM DIFERIMENTO, PARA EMPRESAS COM HABILITAÇÃO NÃO APPLICÁVEL PARA TAIS OPERAÇÕES. Não obstante a forma como o fato foi descrito, a infração consistiu em que o contribuinte deu saídas de mercadorias produzidas No Estado do Espírito Santo, e ao fazê-lo utilizou os benefícios do programa Desenvolve (diferimento), sem observar que tais benefícios se aplicam apenas em relação a produtos fabricados pelo autuado no território baiano. O contribuinte demonstrou ter compreendido o teor da imputação. Infração não elidida. **b)** SAÍDAS DE MERCADORIAS COM TRIBUTAÇÃO NORMAL E AMPARADAS COM REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO [SIC], EFETUADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS, RELATIVAMENTE A VENDAS DE MERCADORIAS ADQUIRIDAS OU RECEBIDAS DE TERCEIROS REMETIDAS PARA INDUSTRIALIZAÇÃO POR CONTA E ORDEM. Lançamento não impugnado pelo contribuinte. 2. REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO BENEFÍCIO. MERCADORIAS COM NCM NÃO CONSTANTE NO CONVÊNIO ICMS 33/96. O autuado alega que procedeu de acordo com o art. 87, IV, do RICMS, com exceção de alguns produtos (perfis), sem, contudo, dizer por qual razão considera que os demais produtos estariam amparados pela redução do imposto. A interpretação do texto regulamentar neste caso deve ser literal. O benefício somente se aplica nas operações internas com ferros e aços não planos que se enquadrem perfeitamente nas especificações feitas no inciso IV do art. 87. Não basta apenas alegar que as mercadorias se enquadram naquelas especificações. É preciso provar. Mantido o lançamento. 3. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. VENDAS PARA CONTRIBUINTES COM INSCRIÇÕES INAPTAIS (CANCELADAS, BAIXADAS). Alegada a possibilidade de que, por ocasião das vendas, ao ser feita a consulta ao Sintegra, o sistema se encontrar desatualizado. É inadmissível uma alegação baseada em mera possibilidade. Mantido o lançamento. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS A COMERCIALIZAÇÃO. MULTA PERCENTUAL SOBRE PARCELA DO IMPOSTO QUE DEIXOU DE SER PAGA POR

ANTECIPAÇÃO, RELATIVAMENTE A MERCADORIAS CUJA SAÍDA POSTERIOR FOI TRIBUTADA NORMALMENTE. Previsão legal. Fato demonstrado nos autos. Lançamento mantido. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 28.3.13, acusa os seguintes fatos:

1. falta de pagamento de ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis – consta que o autuado deu saída de mercadorias com tributação normal e amparadas com redução de base de cálculo de 29,410%, prevista no Convênio [ICMS] 33/96, oriundas do Estado do Espírito Santo, com diferimento, para empresas com habilitação não aplicável para essas operações –, sendo lançado tributo no valor de R\$ 31.145,09, com multa de 60%;
2. falta de pagamento de ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis – consta que o autuado deu saída de mercadorias com tributação normal e amparadas com redução de base de cálculo de 29,410%, prevista no Convênio [ICMS] 33/96, como não tributadas, nas operações com CFOP 5.123, relativo a vendas de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros remetida para industrialização, por conta de ordem –, sendo lançado tributo no valor de R\$ 2.224,14, com multa de 60%;
3. recolhimento de ICMS efetuado a menos em razão de utilização indevida do benefício de redução da base de cálculo – utilização indevida da redução de base de cálculo de 29,410% nas saídas de mercadorias com NCM não elencada no Convênio [ICMS] 33/96 –, sendo lançado imposto no valor de R\$ 53.419,70, com multa de 60%;
4. falta de retenção de ICMS na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes – vendas a contribuintes inaptos no cadastro estadual (cancelados ou baixados) –, sendo lançado imposto no valor de R\$ 6.281,84, com multa de 60%;
5. “Multa percentual sobre a parcela do imposto (ICMS) que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente” – multa de R\$ 42.098,51.

O contribuinte defendeu-se (fls. 67/69) negando que tivesse cometido a infração descrita no item 1º, nas saídas com diferimento, alegando que deu saída destinada a adquirentes habilitados no programa Desenvolve, objeto do Decreto 8.205/02. Afirma que todos os adquirentes estão habilitados por resolução do Comitê Deliberativo do Desenvolve, cujos dispositivos constam nas Notas Fiscais de saída. Aduz que anexou Notas Fiscais emitidas por processamento de dados até março de 2009, as quais comprovam a aplicação correta da tributação, em cujas “Observações Complementares” consta a respectiva resolução, sendo que a partir de abril de 2009 são Notas Fiscais Eletrônicas (NF-e) e se encontram nos registro da SEFAZ. Conclui alegando que não procede o lançamento.

Impugna também o item 3º, relativo às saídas com redução da base de cálculo, alegando que procedeu de acordo com o art. 87, IV, do RICMS, que relaciona as mercadorias amparadas pela redução da base de cálculo, cuja lista, se comparada à do Convênio 33/96, é bem mais ampla. Aduz que, com exceção de alguns produtos (perfis), em relação aos quais procedeu com equívoco e fará o pagamento do imposto, os demais produtos estão amparados pela redução da base de cálculo do art. 87, IV, do RICMS. Conclui dizendo que no anexo 3 do Auto, “que está anexando”, estão excluídos os itens que considera com direito ao benefício. A seu ver, não procede parcialmente o lançamento.

Impugna também o item 4º, relativo a vendas a contribuintes inaptos, alegando que à data das vendas não havia restrição nas inscrições dos adquirentes. Diz que sempre faz consulta ao sistema

Sintegra para concretização de suas operações, e, havendo qualquer restrição com relação à situação fiscal do adquirente, a venda não é realizada, mas ocorre que, ao efetuar a consulta, o sistema possivelmente ainda não havia sido atualizado e a informação que constava era da regularidade do contribuinte. Pondera que, para realizar o lançamento, o autuante deveria verificar a situação fiscal na data da realização da operação.

Também impugna o item 5º, relativo à antecipação parcial, alegando que as mercadorias objeto do levantamento têm redução da base de cálculo prevista no Convênio 33/96 e no art. 87, IV, do RICMS. Argumenta que, como a antecipação é calculada sobre o valor da Nota Fiscal, e sendo a alíquota de 12%, o valor da antecipação é “zero”, em virtude da redução da base de cálculo de 29,41%. Diz que os produtos com direito ao benefício foram excluídos da listagem anexa ao Auto em mídia magnética e consta no CD anexo à defesa, mantidos os produtos cuja antecipação parcial era devida, cujo recolhimento será feito, de modo que o lançamento não procede em parte.

Aduz que entre os produtos com direito ao benefício do Convênio 33/96 e do art. 87, IV, do RICMS estão os classificados na posição 7214.99.00, mas ocorre que a partir de 1.1.07 a posição 7214.99.00 não consta mais com a mesma nomenclatura: na lista do convênio e do RICMS constam “Outras, de seção circular, contendo, em peso, menos de 0,25% de carbono”, ao passo que a partir de 1.1.07 a NCM constante na TIPI passou a classificar “7214.99 - Outras”, “7214.99.10 – De seção circular”, “7214.99.99 - Outras”. Considera que o Confaz não atualizou a lista, mantendo a classificação, que não mais faz parte da NCM, mas os produtos são os mesmos.

Alega que a fiscalização considerou os produtos cuja classificação no documento fiscal é 7214.99.10 ou 7214.99.90 como não beneficiados pela redução da base de cálculo, o que a seu ver não procede, devendo tais produtos ser excluídos do lançamento.

Conclui dizendo que está recolhendo parte dos valores dos itens 3º e 5º, e integralmente o valor do item 2º.

Pede que sejam excluídos os valores cuja tributação está correta.

A autoridade fiscal autuante prestou informação (fls. 74/78) dizendo que, com relação ao item 1º, ao analisar o teor das habilitações, constatou que o Decreto 8.205/02, no seu art. 2º, inc. I, “b”, determina que as aquisições das empresas habilitadas sejam de produtos produzidos no Estado da Bahia, e os produtos neste caso são adquiridos pelo autuado de sua matriz localizada no Estado do Espírito Santo, ou seja, são produtos produzidos em outro Estado da Federação, e não no Estado da Bahia, para comercialização na condição de atacadista, conforme relação das Notas Fiscais de compras dos produtos com saídas com diferimento para as empresas com habilitação não aplicável a essas operações, anexa à informação fiscal [não anexou].

Prosegue dizendo que outro aspecto a considerar é que as saídas do autuado, localizado no Estado da Bahia, foram com CFOP 5.102 – saídas para comercialização - e não de produção própria, corroborando com o entendimento da fiscalização.

Considera que não procedem as alegações do autuado acerca da comprovação e aplicação correta da tributação, quando diz que todos os adquirentes estão habilitados por resolução do Comitê Deliberativo do Desenvolve, e de que teria anexado Notas Fiscais emitidas por processamento de dados, até março de 2009, que comprovariam a aplicação correta da tributação, em cujas “observações complementares” constariam a respectiva resolução, uma vez que, apesar de a empresa autuada ter cumprido uma obrigação de caráter formal, não a exime de uma análise do mérito, quanto ao direito a tais benefícios.

Conclui dizendo que não está questionando se as empresas adquirentes das mercadorias, constantes nas Notas Fiscais relacionadas, possuem ou não habilitação para diferimento em suas operações, e

sim que essas habilitações não são para as operações realizadas com empresas que não produzem no Estado da Bahia.

Com relação ao item 3º, que acusa recolhimento a menos do ICMS em razão de utilização indevida da redução da base de cálculo, a autuante observa que o contribuinte reconheceu que reduziu indevidamente a base de cálculo nas saídas dos perfis e mantém a impugnação dos demais produtos, alegando que estão amparados no art. 87, IV, do RICMS. Informa que, visando à busca da verdade material, reanalisou os itens contestados, à luz do supracitado dispositivo regulamentar, e não encontrou amparo na legislação relativamente a esses itens, quanto à identificação dos produtos arrolados no demonstrativo e os elencados no referido inciso IV, conforme transcreve a seguir. Aduz que, além disso, o autuado não apresentou de forma clara, nem em sua defesa e nem no anexo a que se refere, quais os produtos cuja cobrança efetivamente a empresa contesta. Conclui dizendo que mantém a autuação.

Quanto ao item 4º, informa que a empresa realizou vendas para contribuintes com situação inapta (cancelada/baixada) no cadastro, à data das operações realizadas, conforme as Notas Fiscais de saídas de mercadorias relacionadas no demonstrativo anexo ao Auto, sem efetuar a retenção e o recolhimento do ICMS devido por substituição tributária. Em resposta à alegação do autuado de que à data da venda não havia restrição, o autuante diz que, a fim de demonstrar que tal alegação não procede, anexou à informação fiscal extratos com as informações obtidas no sistema de cadastro da Sefaz, comprovando a situação de inaptidão das empresas relacionadas no demonstrativo da auditoria da “substituição e antecipação tributária”, relativamente à falta de retenção, no exercício 2009, à data das operações realizadas pelo autuado para as empresas relacionadas no citado demonstrativo. Diz que mantém a cobrança.

Quanto ao item 5º, que acusa antecipação parcial não efetuada, a autuante observa que o contribuinte reconheceu a autuação, excluindo os produtos classificados na posição 7214.99.10 e 7214.99.90, por considerar que estes se referem à NCM 7214.99.00, alegando, ainda, que não houve atualização da lista por parte do Confaz. Considera que o autuado não trouxe, na defesa, informações e elementos que associem os produtos listados no demonstrativo com a NCM 721499.00 às NCMs citadas. Diz que as descrições dos produtos referentes a essa NCM não correspondem às apresentadas pelo autuado, e por isso mantém integralmente a autuação.

Opina pela procedência do Auto de Infração.

Consta que foi requerido parcelamento parcial dos valores lançados (fls. 113/118).

VOTO

Este Auto de Infração compõe-se de 5 lançamentos.

No lançamento do item 1º o contribuinte é acusado de falta de pagamento de ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis. Em seguida a essa descrição, consta um adendo informando que o autuado deu saída de mercadorias com tributação normal e amparadas com redução de base de cálculo de 29,410%, prevista no Convênio ICMS 33/96, oriundas do Estado do Espírito Santo, com diferimento, para empresas com habilitação não aplicável para essas operações.

Em face da forma como o fato foi descrito, impõe-se a necessidade de fixar qual é mesmo a imputação neste caso. Note-se que a descrição começa dizendo que o autuado teria praticado operações tributáveis como não tributáveis, mas em seguida é dito que o contribuinte teria dado saída a mercadorias com tributação normal, amparadas com redução de base de cálculo de 29,410%, prevista no Convênio ICMS 33/96.

Há uma aparente contradição na descrição do fato, haja vista que começa dizendo que o contribuinte praticou “operações tributáveis como não tributáveis”, mas em seguida é dito que o autuado “deu

saída de mercadorias com tributação normal”. Ora, se ele tivesse dado saída das mercadorias com tributação normal, evidentemente não poderia ser acusado de ter efetuado operações tributáveis como não tributáveis. Além disso, há uma aparente incongruência ao ser dito que o contribuinte fez a tributação normal, com redução de base de cálculo, porque, se houve redução da base de cálculo, evidentemente a tributação não seria “normal”. Por fim, é dito que as mercadorias são “oriundas do estado do Espírito Santo, com diferimento”, como se o diferimento tivesse ocorrido na entrada, sendo que, analisando-se os dados dos autos, o diferimento não foi na entrada das mercadorias oriundas do Espírito Santo, e sim nas saídas subsequentes. Outra incongruência está em que o demonstrativo fiscal (fls. 36/40) indica no cabeçalho que se trata de “erro na determinação da alíquota”.

Em princípio, este lançamento seria nulo, por falta de certeza quanto ao exato teor da imputação, implicando cerceamento de defesa.

Porém, na sessão de julgamento, examinando-se ponto por ponto esses aspectos, chegou-se à conclusão de que a contradição ou incongruência é apenas aparente. Quando a autuante diz que o contribuinte “deu saída de mercadorias com tributação normal e amparadas com redução de base de cálculo”, deve-se entender que o contribuinte deu saída de mercadorias que “seriam” tributáveis, com redução da base de cálculo. Quanto à declaração de que as mercadorias são “oriundas do estado do Espírito Santo, com diferimento”, deve-se entender que o contribuinte havia recebido mercadorias produzidas no Estado do Espírito Santo e, posteriormente, ao revendê-las, as saídas ocorreram com diferimento do imposto.

Por conseguinte, o fato constatado pela fiscalização foi este: o contribuinte deu saídas de mercadorias produzidas no Estado do Espírito Santo, e ao fazê-lo utilizou os benefícios do programa Desenvolve (diferimento), sem observar que tais benefícios se aplicam apenas em relação a produtos fabricados pelo autuado no território baiano.

Embora na descrição da infração não conste a menção à inobservância das regras do Regulamento do Desenvolve, deixando também a autoridade fiscal de fazer constar no campo do enquadramento legal o dispositivo correspondente, noto que o contribuinte entendeu o sentido da imputação, pois em sua defesa ele alega que deu saída destinada a adquirentes habilitados no programa Desenvolve, objeto do Decreto 8.205/02, afirmando que todos os adquirentes estão habilitados por resolução do Comitê Deliberativo do Desenvolve. Sendo assim, concluo que não houve cerceamento de defesa.

Em suma, os benefícios previstos no programa Desenvolve aplicam-se apenas em se tratando de mercadorias produzidas pelo próprio estabelecimento neste Estado. Como no caso em questão as mercadorias foram produzidas no Estado do Espírito Santo, não se admitem aqueles benefícios. A infração objeto do item 1º está caracterizada.

O 2º lançamento não foi impugnado.

Com relação ao item 3º, que acusa utilização indevida da base de cálculo do imposto, o autuado alega que procedeu de acordo com o art. 87, IV, do RICMS. Aduz que, com exceção de alguns produtos (perfis), os demais produtos estão amparados pela redução da base de cálculo. Porém não diz por qual razão considera que os demais produtos estariam amparados pela referida redução. A interpretação do texto regulamentar neste caso deve ser literal. O benefício somente se aplica nas operações internas, e somente se aplica às operações com ferros e aços não planos que se enquadrem perfeitamente nas especificações feitas no inciso IV. Não basta apenas alegar que as mercadorias se enquadram naquelas especificações. É preciso provar. E isso não foi feito. Mantenho o lançamento.

No tocante ao 4º lançamento, o autuado apenas alega que, por ocasião das vendas, ao fazer a consulta ao Sintegra para ver se havia alguma restrição à situação fiscal dos adquirentes, “o sistema,

possivelmente, ainda não havia sido atualizado”. Não há como admitir uma alegação baseada em mera possibilidade. Mantenho o lançamento.

O item 5º consiste numa multa sobre a parcela do ICMS que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente a mercadorias cujas saída posteriores foram tributadas normalmente.

Em tese, o contribuinte está certo ao alegar que houve mudança de nomenclatura dos produtos da posição 7214.99.00 da NCM e o Confaz não atualizou a lista do Convênio ICMS 33/96, mantendo a antiga classificação, mas os produtos são os mesmos. Porém não basta alegar. Teria de ser dito quais são, exatamente, os produtos em questão, descrevendo suas especificidades, de modo a deixar patente o que é alegado. Infração não elidida.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologadas as quantias já pagas.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por decisão unânime, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **101647.0001/13-7**, lavrado contra **CEDISA CENTRAL DE AÇO S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 93.070,77**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” e “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigações acessórias no valor de **R\$ 42.098,51**, prevista no inciso II, “d”, c/c o § 1º do art. 42 da supracitada lei, e dos demais acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologadas as quantias já pagas.

Sala das Sessões do CONSEF, 5 de agosto de 2014

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR