

A. I. N° - 293872.0002/15-5
AUTUADO - VOTORANTIM SIDERURGIA S.A.
AUTUANTES - MARCO AURÉLIO ANDRADE SOUZA
ORIGEM - IFEPE COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 08.04.2016

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0051-05/16

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. VALOR DO CRÉDITO APURADO EM VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NOS DOCUMENTOS FISCAIS. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Infrações reconhecidas e quitadas pelo contribuinte. Remessa dos autos para homologação dos valores recolhidos. 3. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. OPERAÇÕES DECLARADAS EM NOTA FISCAIS. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS DECLARADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. A empresa autuada, na condição de atacadista, deve proceder à apuração e recolhimento do ICMS normal e ICMS - ST das mercadorias sujeitas ao regime de antecipação na etapa de entrada dos produtos recebidos em transferência ou adquiridos de terceiros, de forma que seu estoque se submeta a um tratamento uniforme nas operações de saídas internas subsequentes. Itens nulos. Vício material. Equívoco quanto à determinação do momento da ocorrência do fato gerador do imposto. 5. ALÍQUOTA. VENDA DE MERCADORIAS POR EMPRESA INDUSTRIAL A CONTRIBUINTES DO SIMPLES NACIONAL. APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA DE 7%. FALTA DE REPASSE AOS ADQUIRENTES DO BENEFÍCIO EQUIVALENTE À REDUÇÃO DA CARGA TRIBUTÁRIA. O contribuinte não provou que concedeu o desconto na totalidade das notas fiscais emitidas para acobertar saídas internas de mercadorias destinadas a contribuintes do regime simplificado. Exigência elidida em parte, somente em relação a 02 (duas) notas fiscais. 6. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIA DE IMPOSTO NORMAL E POR ANTECIPAÇÃO DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. Na fase de defesa caberia ao autuado apresentar os itens que porventura deixaram de ser considerados no agrupamento dos itens objeto da contagem dos estoques e os índices de perda ocorridos nos procedimentos de corte e de dobra dos produtos. Ausência de provas que tenham por base registros contábeis e fiscais. Infração não elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 29/05/2015 para exigir ICMS no valor principal de R\$ 801.876,95, acrescido de multas e demais consectários legais. O lançamento em lide é composto de 7 (sete) imputações, com a seguinte descrição:

Infração 01: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no(s) documento(s) fiscal(is). Contribuinte adquiriu mercadorias dos Estados de RJ e SP para comercialização e se creditou de 17%, enquanto a alíquota correta é 7%, conforme documentos anexos, por amostragem. Anexo I. Valor exigido: R\$8.218,56. Multa de 60%, prevista no art. 42, inc. VII, letra “a”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 02: 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. As MVAs dos materiais de construção foram obtidas através do Dec. nº 14.242/12, que alterou o item 24, Anexo II, do RICMS/2012. Valor exigido: R\$ 189.217,37. Multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “e”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 03: Reteve e recolheu a menor o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. As MVAs dos materiais de construção foram obtidas através do Dec. nº 14.242/12, que alterou o item 24, Anexo I, do RICMS/2012. Demonstrativo: Anexo III. Valor exigido: R\$ 4.510,88. Multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “e”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 04: Recolheu a menor ICMS em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. O contribuinte não observou a exigência contida no § 1º, art. 16, da Lei nº 7.014/96, quanto ao repasse para o adquirente das mercadorias, sob a forma de desconto, do valor correspondente ao benefício fiscal, devendo o referido desconto constar expressamente no documento fiscal. Foi constatado ainda que o contribuinte aplicou a redução de alíquota do ICMS para mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária, sendo vedado pelo art. 16, inc. I, alínea “c”, da Lei nº 7.014/96. Anexo IV do PAF. Valor exigido: R\$ 145.951,03. Multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “a”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 05: Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Contribuinte não efetuou a tributação do ICMS próprio referente às operações de saídas internas de mercadorias do estabelecimento, conforme notas fiscais anexas, por amostragem. Anexo V do PAF. Valor exigido: R\$ 319.732,72. Multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “a”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 06: Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado (2013). Para manter a mesma unidade de medida foi feita a conversão dos produtos em peças para toneladas, de acordo com a tabela de conversão dos produtos, enviada pelo contribuinte e anexa a este PAF. Demonstrativo: Anexo VI deste PAF. Anexado ao A.I CD Autenticado, contendo os relatórios gerados nesta infração, em função do grande volume de registros (cópia entregue ao contribuinte). Valor exigido: R\$102.311,75. Multa de 100%, prevista no art. 42, inc. III, da Lei nº 7.014/96.

Infração 07: Falta de retenção e o consequente recolhimento do ICMS, na condição de contribuinte substituto, relativo às operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, e consequentemente sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadoria em exercício fechado (2013). Refere-se à falta de retenção por substituição tributária das mercadorias omitidas, apuradas no levantamento quantitativo de estoques. Anexo VII deste PAF. Entregue ao contribuinte CD autenticado. Valor exigido: R\$31.934,84. Multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “e”, da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte foi notificado do lançamento em 03/06/2015 e ingressou com defesa administrativa em 03/08/2015, em petição subscrita por seus advogados com procuraçao nos autos (doc. fls. 136 a 139).

Inicialmente reconheceu a procedência das infrações 01 e 03 efetuando o pagamento das mesmas, conforme DAE anexo (doc. 03, fls. 157/158). Pede que seja reconhecida a extinção do crédito tributário pelo pagamento com fundamento no art. 156, I, do Código Tributário Nacional.

As infrações 02 e 05 estão relacionadas às operações com mercadorias sem o devido recolhimento do imposto devido sobre a operação própria (Infração 05) ou sob a sistemática do regime de substituição tributária (Infração 02).

A defesa destacou que as mercadorias objeto das infrações em comento, classificadas como “materiais de construção, acabamento, bricolagem e adorno” (NCM’s 7214.20.00; 7308.40.00; 7314.20.00), são adquiridas perante fornecedor situado no Mato Grosso do Sul ou recebidas em transferência com origem no Rio de Janeiro, sempre através de operações interestaduais, conforme registros de CFOP contidos nos livros Registro de Apuração (DOC. 04) do período fiscalizado (2013).

Que os “materiais de construção, acabamento, bricolagem e adorno”, encontram-se submetidos à sistemática da substituição tributária, conforme item 24, Anexo 01, do RICMS/BA (Decreto nº. 13.780/2012), transcrita na peça de defesa.

Frisou que a legislação baiana ao estabelecer a obrigatoriedade do recolhimento das mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária de forma antecipada, prevê também o encerramento da tributação, de tal sorte que as operações internas subsequentes são desoneradas do imposto, conforme norma contida no art. 290 do RICMS.

Destacou ainda que a responsabilidade pelo recolhimento do imposto somente recai ao contribuinte alienante situado em território baiano, quando não houver sido antecipado o imposto, conforme previsto no art. 8º, inc. II, da Lei nº 7.014/96.

A partir dos Anexos II e V do A.I., argumentou que o Auditor Fiscal ao apurar o suposto imposto devido, considerou equivocadamente como base de cálculo do ICMS as operações de venda praticadas pelo estabelecimento, mas o correto seria a exigência recair sobre as operações de aquisição (entradas), a título de antecipação tributária, com a aplicação da base de cálculo prevista no art. 23, II, da lei de regência do imposto.

Ressaltou mais à frente que dentre os códigos de produtos discriminados no Anexo II e em relação a todos os itens discriminados no Anexo V do Auto de Infração, identificou que as entradas são originárias de aquisições interestaduais junto à empresa “SITREL - SIDERÚRGICA TRES LAGOAS LTDA”, com as seguintes descrições:

Código Produto	Descrição
000000000008016951	VERGALHÃO CA50 - S 10.00 BR 12m NBR7480
000000000008016952	VERGALHÃO CA50 - S 12.50 BR 12m NBR7480
000000000008016954	VERGALHÃO CA50 - S 25.00 BR 12m NBR7480
000000000008016956	VERGALHÃO CA50 - S 8.00 BR 12m NBR7480

Pontuou mais à frente que as notas fiscais relacionadas pelo Auditor Fiscal foram equivocadamente registradas sob CFOP 5.102 e/ou 5.403, contudo, tratam-se de mercadorias objeto de operações de revenda, de tal sorte que todos os recolhimentos já foram antecipados na entrada, conforme DOC 05 (fls. 209 a 239), confirmado o encerramento da fase da tributação.

Entende ser manifestamente improcedente qualquer exigência de ICMS ou ICMS-ST sobre as saídas de tais mercadorias, revelando-se correta a emissão dos documentos fiscais de saída sem o destaque do imposto estadual. A título de exemplo citou a Nota Fiscal nº. 657, de 23.01.2013, referente à aquisição do produto “VERGALHÃO CA50 - S 10.00 BR 12m NBR7480” (imagem reproduzida na peça de defesa, à fl. 119), com imposto recolhido, por antecipação, através de DAE, cópia fl. 120 do PAF.

Reafirmou que os produtos adquiridos da empresa SITREL, listados no Anexo II e V do A.I., foram objeto de antecipação tributária pela impugnante quando da entrada no estabelecimento, conforme (DOC. 05), totalizando o recolhimento de R\$ 287.215,66, conforme tabela reproduzida às fls. 120/121.

Subsidiariamente pede que caso a Junta de Julgamento entenda ser devido o imposto pelas saídas que sejam ratificados os recolhimentos realizados pela empresa, de forma a serem considerados para fins de apuração de imposto porventura devido.

No que tange aos demais produtos listados no Anexo II do Auto de Infração, a autuada identificou pelos códigos de produto que as entradas no estabelecimento decorreram de operações de transferência de outros estabelecimentos da Impugnante (iniciados em “6”), conforme tabela abaixo:

CÓDIGO		
6000294	6000335	6000347
6000343	6000291	6000298
6094578	6000353	6000538
6094641	6000301	6094642
6110092	6094580	6091580
6000541	6000550	6000296
6000547	6000357	6000338

Argumentou que as saídas desses produtos não se enquadram nas operações abrangidas pela sistemática da substituição tributária, na medida em que os destinatários das operações se qualificavam como estabelecimentos com atividade industrial ou de prestadores de serviços, não se falando em saídas subsequentes, nos termos da Lei n. 7.014/1996 em seu artigo 8º, §§º, incisos III e IV.

Como exemplo, em base de amostragem das Notas Fiscais listadas no Anexo II do Auto de Infração, a Impugnante verificou saídas para o destinatário “AÇOS BAHIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA – ME” (CNPJ n. 15.105.771/0001-10). Afirmou que o referido destinatário possui dentre suas atividades cadastradas perante a Receita Federal do Brasil a de “25.99-3-01 - Serviços de confecção de armações metálicas para a construção” (DOC. 06 – fl. 341).

Pede que essas infrações sejam excluídas do Auto de Infração em razão do pagamento nas entradas, a título de antecipação tributária e em razão de saídas não submetidas à sistemática da substituição tributária.

Na infração 04 a Impugnante relata que muito embora o desconto não tenha sido consignado nos documentos fiscais, o abatimento foi efetivamente concedido, uma vez que a prática do mercado baiano com empresas de pequeno porte e microempresas, “impõem” esta necessidade.

Ressaltou que as empresas de pequeno porte e microempresas não registram apuração do imposto estadual sob a sistemática do crédito/débito, de tal modo que o imposto destacado no documento fiscal representa custo na sua aquisição, e por consequência, a ausência do abatimento majoraria o custo e inviabilizaria as operações para tais empresas. Assim, considerando que os concorrentes da Impugnante também adotam a alíquota prevista na legislação, para manutenção da sua carteira de cliente, era necessário à impugnante proceder ao desconto legalmente estabelecido de forma a atender as demandas do segmento.

Considerando a previsão da legislação baiana acerca da alíquota minorada a ser praticada nas operações com empresas de pequeno porte e microempresas cadastradas junto a SEFAZ/BA, a Impugnante a época dos fatos elaborou uma tabela de preços-base a ser utilizada pelo seu departamento de vendas/comercial (DOC. 07 – 344 a 361) para este estabelecimento, contemplando as alíquotas interestaduais, assim como as alíquotas interna (17%) e de 7% (operações BA x BA no SIMBAHIA).

Disse que os referidos preços base orientam toda a negociação comercial com os clientes, sendo o ponto de partida (preço máximo). Que uma negociação com cliente SIMBAHIA toma como referência o preço máximo com alíquota de 7%, enquanto uma negociação com cliente não SIMBAHIA considerava o preço máximo referência com a alíquota de 17% em sua composição.

Apresentou, na peça defensiva, exemplo de composição da tabela para o produto “VIGA”, pontuando a diferença entre os preços máximos praticados (fl. 123).

Outro exemplo citado na peça defensiva se referiu à composição do preço de venda referente à NF nº. 8854, de 31.07.2013 (DOC. 08 – fls. 363 /376), com valor unitário final é R\$2.909,34. Disse que o referido valor foi obtido após a aplicação da alíquota de 7% sobre o preço do produto líquido de impostos, de forma que não houve interferência da alíquota de 17% na composição do preço.

Ainda no que se refere à composição do preço de venda trouxe para exame a NF nº. 9950, de 07.11.2013 (DOC. 09- fls. 378/387), com valor unitário final de R\$2.724,69, obtido após a aplicação da alíquota de 7% sobre o preço do produto líquido de impostos.

Pede também que esse item do lançamento (infração 4) seja julgado improcedente.

As infrações 06 e 07 decorreram de levantamento quantitativo de estoques efetuado em exercício fechado para o exercício de 2013, tendo sido apuradas omissões de saídas. A defesa ressaltou de início que a Fiscalização Estadual realizou o agrupamento de códigos de produtos em função da natureza e descrição dos produtos, conforme exemplo reproduzido na peça defensiva, à fl. 126.

Que após o agrupamento, apurou a movimentação de estoques conforme notas fiscais eletrônicas de entradas e saídas, mediante a equação: ***Estoque Inicial + Entradas (produção e devolução) = Estoque final + Saídas.***

A defesa consignou que após análise por amostragem dos itens, identificou dentre os códigos agrupados, a existências de produtos com a descrição “CD”, que possuem tal denominação, pois são transferidos dos estabelecimentos fabris da impugnante para o estabelecimento objeto do Auto de Infração. Neste último, para fins de atendimento de ordens de compra específicas, os clientes da impugnante solicitam determinadas customizações do produto que geram a necessidade de se realizar procedimentos de “Corte” e/ou “Dobra”, que consiste, em síntese nas seguintes etapas:

- O aço bobinado é desenrolado passando pelos roletes endireitadores existentes nas máquinas, tendo como finalidade deixar o aço na forma de barras retas;
- Corte: Corte da matéria-prima, barra reta ou rolo, em diversos comprimentos, de acordo com a necessidade do cliente, através das máquinas que integram o parque fabril da Impugnante;
- Dobra: Em razão de a tensão aplicada sobre o aço ser maior do que seu limite de deformação, o mesmo se deforma de modo a possibilitar sua dobra, impedindo que o aço retorne ao seu formato natural.

Anexou na peça defensiva fotos do processo de “Corte e “Dobra” (DOC. 10), para fins de demonstrar o trabalho realizado e o resultado final.

Disse que para fins de controle do estoque, após o referido procedimento, os produtos recebem nova codificação, razão pela qual o agrupamento efetuado pelo Auditor Fiscal foi parcial e não considerou todas as mercadorias que poderiam ser objeto de saídas, razão pela qual apurou omissões de saídas inexistentes, na medida em que as saídas ocorreram após o procedimento de Corte e Dobra, em outros códigos de produto.

Mencionou regras contidas na Portaria nº 445/1998, que determina que no levantamento quantitativo de estoques, *caso uma mercadoria comporte diversos subgrupos ou referências, deve-se fazer o agrupamento de cada item a reunir num mesmo item as espécies de mercadorias afins (art. 3º, inc. III).*

Ressaltou linhas à frente ser inerente a determinados processos produtivos e atividades a ocorrência de perdas e quebras normais na movimentação e em razão da natureza dos produtos, as quais se incorporam ao custo dos produtos e que não representam saídas de mercadorias. Que a verificação da existência de ganhos e perdas inerentes à atividade do contribuinte é fundamental para a realização de um levantamento quantitativo sem distorções e esta questão sequer foi levada em consideração pela fiscalização em seu procedimento.

Em seguida observou que a matéria em questão não é uma novidade e apresenta disciplina expressa na legislação de outros Estados, a exemplo do RICMS/PE, que apresenta expressa previsão no sentido de que “*não se entende como perda ou perecimento a quebra de peso ou de quantidade inerente ao processo de produção, comercialização ou industrialização, até os limites tecnicamente aceitos para a respectiva atividade*” e inclusive dispensa o estorno do crédito nestas hipóteses.

Ponderou que o próprio Conselho de Fazenda Estadual da Bahia já se ateve em casos semelhantes acerca da possibilidade de ocorrência de perdas normais, sendo que as mesmas devem ser consideradas nos trabalhos de levantamento quantitativo de estoque, posto que não resultam ou não se prestam para operações tributáveis pelo imposto estadual, conforme trecho do voto proferido no Acórdão CS nº 0001-21/02, reproduzido à fl. 131 dos autos.

Reproduziu também decisão da Receita Federal acerca de quebras e perdas de estoques, nos seguintes termos (fl. 132 dos autos): *Ementa: Quebras e Perdas. O valor das quebras ou perdas razoáveis, de acordo com a natureza do bem e da atividade, ocorridas na fabricação, no transporte e manuseio, integrará o custo de produto. “Entende-se por razoável aquilo que está conforme a razão a adoção de uma média, levantada entre empresas que operam no mesmo ramo.”*

Ao finalizar a peça defensiva o contribuinte pede que a impugnação seja julgada procedente com o reconhecimento da improcedência do crédito tributário exigido nas infrações 2, 4, 5, 6 e 7.

No que tange as Infrações 01 e 03, pede que os recolhimentos sejam homologados com a consequente extinção dos créditos tributários, em razão do pagamento, com fundamento no art. 156, I, do Código Tributário Nacional.

Requereu, ainda, a juntada posterior de documentos, bem como a realização de diligências fiscais para constatação dos fatos alegados e análise dos documentos colacionados, nos termos dos artigos 123, § 3º e 145 do Decreto nº 7.629/99.

Por fim, requereu que todas as publicações e intimações relativas ao presente feito sejam realizadas em nome do Dr. Otto Cristovam da Silva Sobral, no endereço Rua Sete de Setembro, 54, Centro, Rio de Janeiro – RJ, CEP 20.050-009, sob pena de nulidade.

Foi prestada informação fiscal, juntada às fls. 436 a 439 dos autos. O autuante após fazer uma síntese das alegações defensivas passou em seguida a contestar os argumentos alinhavados pelo contribuinte.

No tocante às infrações 02 e 05 declarou que o autuado é substituto tributário no Estado da Bahia, e como tal, fica responsável pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, relativo à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes, conforme Art. 8º, Inciso II da Lei 7.014/96.

Consignou que o art. 8º, §8º da referida Lei dispõe que:

“Salvo disposição em contrário prevista em regulamento, não se fará a retenção ou antecipação do imposto quando a mercadoria se destinar:

I - a estabelecimento filial atacadista situado neste Estado, no caso de transferência de estabelecimento industrial ou de suas outras filiais atacadistas, localizado nesta ou em outra unidade da Federação, ficando o destinatário responsável pela retenção do imposto referente às operações internas subsequentes, hipótese em que aplicará a MVA prevista para a retenção por estabelecimento industrial;

II - a outro contribuinte ao qual a legislação atribua a condição de responsável pelo pagamento do imposto por sujeição passiva por substituição, em relação à mesma mercadoria, ficando o destinatário responsável pela retenção do imposto nas operações internas subsequentes.

Em relação às aquisições interestaduais de mercadorias da empresa "SITREL-SIDERÚRGICA TRÊS LAGOAS LTDA", disse que o RICMS/2012, no art. 291, orienta que: "Na hipótese do sujeito passivo

por substituição adquirir de terceiro uma mesma espécie de mercadoria com o imposto retido, para que se dê ao seu estoque e às suas operações tratamento fiscal uniforme, deverá utilizar como crédito fiscal tanto o ICMS da operação própria como o imposto retido, obrigando-se a efetuar a retenção do imposto na operação interna subsequente com aquela mercadoria".

Quanto à base de cálculo para fins de substituição tributária, registrou que o art. 23, inciso II, da lei de regência do ICMS determina que: "em relação às operações ou prestações subsequentes, a obtida pelo somatório das parcelas seguintes:

- a) o valor da operação ou prestação própria realizada pelo substituto tributário ou pelo substituído intermediário;
- b) o montante dos valores de seguro, frete, IPI e outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço;
- c) a margem de valor adicionado (MVA), inclusive lucro, relativa às operações ou prestações subsequentes".

Informou ainda que foram excluídas do cálculo da infração todas as vendas para estabelecimentos industriais ou de prestação de serviços. Sobre as saídas destinadas à empresa "SITREL-SIDERÚRGICA TRÊS LAGOAS LTDA", esclareceu que a referida empresa consta, nos dados cadastrais da SEFAZ-BAHIA (sistema INC), como atividade econômica principal: o comércio atacadista de ferragens e ferramentas. Seria o autuado, portanto, o responsável pela retenção e recolhimento do ICMS na condição de sujeito passivo por substituição, nas operações de saídas destinadas a este contribuinte.

Pede que as infrações 02 e 05 sejam mantidas integralmente.

Em relação à infração 4 o autuante declarou que autuado não observou a vedação constante do art. 16, alínea "c", da Lei 7.014/96, que exclui do benefício as mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, como também, não cumpriu o que determina o § 1º do mesmo artigo, ou seja, que a aplicação da alíquota de 7% (sete por cento), prevista na alínea "c" do inciso I do "caput" do dispositivo legal fica condicionada ao repasse para o adquirente da mercadoria, sob a forma de desconto, do valor correspondente ao benefício fiscal, **devendo o desconto constar expressamente no documento fiscal**".

Citou também o art. 38 da Lei 7.014/96, com o seguinte comando: "Quando o reconhecimento do benefício do imposto depender de condição, não sendo esta satisfeita, o imposto será considerado devido no momento em que ocorreu a operação ou prestação".

Em relação às alegações do autuado de que os descontos para os adquirentes SIMBAHIA foram concedidos comercialmente, declarou que isto não ocorreu. Como exemplo, citou as notas fiscais anexas ao PAF, às fls. 50 e 51, referentes às vendas do produto: AR RECOZIDO PRETO, código 60611358. Afirmou que o preço unitário da venda praticado para o adquirente "CHRISTIANO M COHIM RIBEIRO & CIA LTDA", empresa com inscrição "NORMAL", é menor que o valor unitário vendido para o contribuinte microempresa "BIG AÇO COMÉRCIO DE AÇO LTDA", não havendo qualquer referência a desconto concedido no documento fiscal.

Sustenta, portanto, que as alegações do autuado não devem ser acatadas, tendo em vista que a alíquota devida nas operações de saídas das mercadorias relacionadas nesta infração deveria ser de 17% e não de 7%, conforme registrou o autuado.

No tocante às infrações 06 e 07, o autuante declarou que a empresa autuada tem como atividade principal o comércio atacadista de ferragens e ferramentas. Que o levantamento quantitativo dos estoques foi elaborado rigorosamente como determina a Portaria nº 445/98, que em seu art. 3º, inciso III, orienta que: "nos casos em que o contribuinte não especifique com exatidão as mercadorias comercializadas, ou quando uma mercadoria possa ser identificada por mais de uma denominação, ou ainda quando determinada mercadoria comporte vários subgrupos ou diversas referências, deve-se fazer o agrupamento de cada item a reunir num mesmo item as espécies de mercadorias afins".

Afirmou que as mercadorias autuadas foram agrupadas no levantamento fiscal, por códigos, em função da natureza e descrição, conforme relatórios gravados em CD anexo ao PAF e também entregues ao contribuinte.

Que foi constatado na ação fiscal que a mercadoria "VERGALHÃO CA 50" ingressa no estabelecimento da autuada em "rolos", com uma codificação e de acordo com a solicitação do comprador, a empresa realiza o corte e/ou a dobra do produto. Em seguida, a mercadoria recebe uma nova codificação e a descrição "CD" é acrescentada na denominação. A finalidade do agrupamento foi justamente evitar as distorções no levantamento quantitativo dos estoques, pois, do contrário, a mesma mercadoria apresentaria apenas "entradas" em um código e somente "saídas" em outro código diferente.

Registrhou que foi apurado, através de informação de técnicos da empresa, que não ocorre nenhuma perda no processo de Corte e Dobra, uma vez que a mesma não se refere a um processo industrial, com transformação ou alteração da mercadoria, e sim, uma customização para atender às solicitações dos clientes.

Pede também pela manutenção das infrações 06 e 07.

VOTO

O Auto de Infração em lide é composto de sete (07) imputações, conforme foi detalhadamente exposto no Relatório, parte integrante e inseparável do presente Acórdão.

Incialmente, nos termos do art. 147 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, indefiro o pedido para realização de diligência ou de perícia formulado pela defesa, por considerar suficientes para a formação de minha convicção os elementos contidos nos autos, assim como em razão de destinar a verificar fatos vinculados à escrituração fiscal ou a documentos que estão na posse do requerente e cuja prova (levantamentos e demonstrativos referentes às alegações defensivas) simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos, como também em razão da prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos.

O contribuinte, na fase de defesa, reconheceu a procedência das infrações 01 e 03, nos valores, respectivamente, de R\$ 8.218,56 e R\$ 4.510,88, totalizando a cifra de R\$ 12.729,44. Foi efetuado o pagamento das mesmas, conforme atesta o DAE anexo (doc. fls. 157/158) e o relatório do SIGAT, juntado às fls. 442 a 444. Os valores recolhidos pelo sujeito passivo deverão ser homologados pela repartição fazendária.

Passo a fazer a partir de agora o exame de mérito das infrações impugnadas.

As infrações 02 e 05 foram impugnadas pelo contribuinte de forma agrupada e estão relacionadas às operações com mercadorias sem o devido recolhimento do imposto sobre a operação própria (Infração 05) e sob a sistemática do regime de substituição tributária (Infração 02). A defesa destacou que as operações autuadas envolvem a circulação de mercadorias classificadas como "materiais de construção, acabamento, bricolagem e adorno" (NCM's 7214.20.00; 7308.40.00; 7314.20.00), que são adquiridas perante fornecedor situado no Mato Grosso do Sul ou recebidas em transferência com origem no Rio de Janeiro, sempre através de operações interestaduais, conforme registros de CFOP contidos nos livros Registro de Apuração (DOC. 04 – fls. 160 a 208), no período fiscalizado - exercício de 2013. Que os "materiais de construção, acabamento, bricolagem e adorno", encontram-se submetidos à sistemática da substituição tributária, conforme item 24, Anexo 01, do RICMS/BA (Decreto nº. 13.780/2012), transrito na peça de defesa.

Disse ainda que as operações autuadas foram objeto de recolhimentos antecipados na etapa de entrada das mercadorias, conforme documentos apensados às fls. 209 a 239 dos autos, com o decorrente encerramento da fase da tributação, conforme estabelece o art. 290 do RICMS/12.

Sustenta ser manifestamente improcedente qualquer exigência de ICMS ou ICMS-ST sobre as saídas de tais mercadorias, revelando-se correta a emissão dos documentos fiscais de saída sem o destaque do imposto estadual. A título de exemplo citou a Nota Fiscal nº. 657, de 23.01.2013, referente à aquisição do produto "VERGALHÃO CA50 - S 10.00 BR 12m NBR7480" (imagem

reproduzida na peça de defesa, à fl. 119), com imposto recolhido, por antecipação, através de DAE, cópia fl. 120 do PAF.

Declarou ainda que os produtos adquiridos da empresa SITREL, listados no Anexo II e V do A.I., foram objeto de antecipação tributária pela impugnante quando da entrada no estabelecimento, conforme (DOC. 05), totalizando o recolhimento de R\$ 287.215,66, conforme tabela reproduzida às fls. 120/121.

No que tange os demais produtos listados no Anexo II do Auto de Infração, a autuada identificou pelos códigos de produto que as entradas no estabelecimento decorreram de operações de transferência de outros estabelecimentos da impugnante, argumentando que as saídas desses produtos não se enquadram nas operações abrangidas pela sistemática da substituição tributária, na medida em que os destinatários das operações se qualificavam como estabelecimentos com atividade industrial ou de prestadores de serviços, não se falando em saídas subsequentes para fins de antecipação, nos termos da Lei nº 7.014/1996 em seu artigo 8º, §8º, incisos III e IV. A título de exemplo citou as saídas para o destinatário “AÇOS BAHIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA – ME” (CNPJ n. 15.105.771/0001-10), cadastrado na Receita Federal do Brasil com a atividade de código “25.99-3-01 - Serviços de confecção de armações metálicas para a construção” (DOC. 06 – fl. 341).

Verifico a partir dos documentos acostados ao processo, especialmente o Estatuto Social da Companhia (doc. fls. 143 a 149), o comprovante de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (doc. fl. 150), e o documento de inscrição no cadastro estadual do ICMS (doc. fl. 151), que o estabelecimento autuado exerce atividade principal de comércio atacadista de ferragens e ferramentas, sendo uma unidade de distribuição da Votorantim Siderúrgica S/A, cuja matriz está localizada no Estado do Rio de Janeiro.

Nessa situação o autuado se qualifica na condição de atacadista cabendo fazer o recolhimento do ICMS das mercadorias sujeitas ao regime de antecipação na etapa de entrada dos produtos recebidos em transferência ou adquiridos de terceiros, de forma que seu estoque se submeta ao um tratamento uniforme nas operações de saídas internas subsequentes.

No caso concreto o autuado apresentou no PAF (fls. 210 a 339) guias de recolhimento por antecipação de ICMS das operações originárias do Estado de Mato Grosso do Sul, promovidas pela empresa SITREL-SIDERÚRGICA TRÊS LAGOAS LTDA.

No entanto, a exigência fiscal consubstanciada nas infrações 02 e 05 considerou que os fatos geradores do ICMS normal e do ICMS - ST ocorreram nas etapas de saídas internas, em desacordo com o que está firmado na legislação de regência do imposto.

Observo ainda que não há acordo interestadual firmado entre o Estado da Bahia e os Estados de origem das mercadorias (Mato Grosso do Sul e Rio de Janeiro) para a retenção e recolhimento do ICMS pelo regime da substituição tributária (ICMS-ST). Em 2013, ano da ocorrência dos fatos geradores, os acordos de ST vigentes no ordenamento para os produtos vergalhões (NCM 7214.2 e NCM 7308) e telas metálicas (NCM 7314) estavam positivados nos Protocolos ICMS 104/09 e 26/10, que não incluíam as unidades da Federação acima mencionadas. A obrigação de retenção e recolhimento do imposto por antecipação, em relação às operações autuadas, alcançava tão somente as operações internas. Caberia ao estabelecimento autuado que recebeu mercadorias enquadradas no regime da S.T. sem retenção do imposto na origem, proceder à antecipação na etapa de entrada.

Em decorrência, as infrações 02 e 05 devem ser anuladas, devendo ser realizada nova auditoria fiscal voltada para a verificação do correto pagamento do ICMS normal e do ICMS substituição tributária das operações com os produtos enquadrados no item 24, do Anexo I, do RICMS/12. Há que ser considerado no novo procedimento fiscal os recolhimentos já efetuados pela empresa. Trata-se de nulidade por vício material, visto que o lançamento fiscal incorreu em equívoco relativo à correta configuração do momento da ocorrência do fato gerador do imposto.

A revisão do lançamento viciado deverá ser feita, portanto, dentro do prazo decadencial de 5 (cinco) anos, contados da ocorrência dos fatos geradores, nos termos do art. 150, § 4º, do CTN.

Reitero, assim, que as infrações 02 e 05 são nulas, por vício de natureza material.

Na infração 04, a exigência fiscal recaiu sobre a aplicação do benefício fiscal da alíquota de apenas 7% (sete por cento) para ambulantes, microempresas e empresa de pequeno porte. Tem como condição o desconto de 10,7561%, que não foi expressamente destacado nos documentos fiscais que acobertaram as saídas de mercadorias.

Deixou o contribuinte de observar as regras fixadas no art. 16, inc. I, letra "c", da Lei nº 7.014/96. Tratando-se de benefício condicionado, não satisfeita a condição, o imposto será considerado devido desde o momento em que se verificar a ocorrência da operação ou prestação, conforme regra contida no art. 38 da Lei do ICMS.

No caso concreto, cabe, contudo, alinhar que o sujeito passivo, na assentada do julgamento, apresentou memoriais fazendo referência às notas fiscais de nº 8854, de 31/07/13 e nº 9950, de 07/11/13, cujos espelhos foram anexados às fls. 363 a 387, procurando demonstrar que as vendas para microempresa e empresa de pequeno porte foram realizadas com preços menores que os praticados para as empresas com apuração normal do imposto.

Após examinar todas as notas apresentadas, que são apenas 02, emitidas para empresas do regime simplificado, verifico que efetivamente nas aludidas notas constam produtos vendidos com valores menores do que para empresas do regime apuração normal, com a concessão do desconto previsto em lei.

Cabe, por conseguinte, a exclusão dos valores exigidos no presente auto de infração, relativos as 02 notas fiscais apresentadas pelo impugnante.

Diante do exposto, o demonstrativo de débito da infração 02 passa a ter a seguinte configuração após a exclusão dos valores exigidos nas notas fiscais nº 8854 e nº 9950.

DEMONSTRATIVO DA INFRAÇÃO 4				
D. OCORRÊNCIA	D. VENCIMENTO	VLR. HISTÓRICO	VLR. JULGADO	MULTA
31/05/2013	09/06/2013	593,34	593,34	60%
30/06/2013	09/07/2013	1.097,46	1.097,46	60%
31/07/2013	09/08/2013	4.044,42	2.263,07	60%
31/08/2013	09/09/2013	810,44	810,44	60%
30/09/2013	09/10/2013	21.905,77	21.905,77	60%
31/10/2013	09/11/2013	45.598,27	45.598,27	60%
30/11/2013	09/12/2013	57.017,69	56.112,47	60%
31/12/2013	09/01/2014	14.883,64	14.883,64	60%
Total da Infração		145.951,03	143.264,46	

As infrações 06 e 07 decorreram de levantamento quantitativo de estoques efetuado em exercício fechado para o exercício de 2013, tendo sido apuradas omissões de saídas. A defesa ressaltou de início que a Fiscalização Estadual realizou o agrupamento de códigos de produtos em função da natureza e descrição dos produtos, conforme exemplo reproduzido na peça defensiva, à fl. 126.

Que após o agrupamento a fiscalização apurou a movimentação de estoques, conforme notas fiscais eletrônicas de entradas e saídas e registros do Inventário, mas o referido agrupamento teria sido feito de forma parcial, pois não foram consideradas todas as mercadorias que poderiam ser objeto de saídas, razão pela qual foi constatada omissões de saídas.

Consignou, por exemplo, que a mercadoria "VERGALHÃO CA 50" ingressa no estabelecimento da autuada em "rolos", com uma codificação e de acordo com a solicitação do comprador, a empresa realiza o corte e/ou a dobra do produto. Em seguida, a mercadoria recebe uma nova codificação e a descrição "CD" é acrescentada na denominação. A finalidade do agrupamento seria justamente evitar distorções no levantamento quantitativo dos estoques, pois, do contrário,

a mesma mercadoria apresentaria apenas "entradas" em um código e somente "saídas" em outro código diferente. Pontuou ainda que as perdas decorrentes dos cortes e dobras não foram consideradas na auditoria fiscal.

Conforme foi apurado no levantamento quantitativo que tem por base probatória os arquivos gravados no CD anexo (fl. 10), cuja cópia foi entregue ao contribuinte, as mercadorias objeto da contagem de estoques foram agrupadas tomando por base os registros fornecidos pelo próprio contribuinte. Na fase de defesa caberia ao autuado apresentar os itens que porventura deixaram de ser considerados no agrupamento e os índices de perda ocorridos nos procedimentos de corte e de dobra dos produtos. Não há sequer evidências e registros contábeis e fiscais das perdas alegadas na peça defensiva.

Portanto, não foram trazidos aos autos elementos de prova que contraditassem o lançamento nos seus aspectos quantitativos e aritméticos, até para justificar a remessa do PAF visando a realização de diligência fiscal. Em suma: não restou demonstrado que a contagem de estoques efetuada na ação fiscal tenha incorrido em erros.

Pelas razões retro expostas mantenho os itens 06 e 07 do Auto de Infração.

Nosso voto, portanto, é pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração que passa a ter a configuração abaixo:

Infração 1 - PROCEDENTE (PAGAMENTO TOTAL) = R\$ 8.218,56;

Infração 2 - NULA (NULIDADE MATERIAL);

Infração 3 - PROCEDENTE (PAGAMENTO TOTAL) = R\$ 4.510,88;

Infração 4 - PROCEDENTE EM PARTE = R\$ 143.264,46;

Infração 5 - NULA (NULIDADE MATERIAL);

Infração 6 - PROCEDENTE = R\$ 102.311,75;

Infração 7 - PROCEDENTE = R\$ 31.934,64.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 293872.0002/15-5, lavrado contra VOTORANTIM SIDERURGIA S.A., devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 290.240,29, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 187.928,54, e de 100% sobre R\$ 102.311,75, previstas no art. 42, inciso II, letras "a" e "e" e inc. VII, letra "a", e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Os valores já recolhidos pelo sujeito passivo deverão ser homologados pela autoridade fazendária competente.

Esta Junta recorre da presente Decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inc. I, "a", do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, com a alteração promovida pelo Dec. nº 13.537/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de março de 2016.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE

TOLSTOI SEARA NOLASCO – RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - JULGADOR