

A. I. Nº - 206921.0007/09-3
AUTUADO - ALERIS LATASA RECICLAGEM LTDA.
AUTUANTE - MARCUS VINICIUS BADARÓ CAMPOS
ORIGEM - INFAZ/ATACADO
INTERNET - 26. 12 .2011

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0334-01/11

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO REGISTRO DE ENTRADAS. MULTA. a) MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. b) MERCADORIAS SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigações acessórias. Multas de 1% e 10% sobre o valor comercial das mercadorias não escrituradas. Alegação defensiva de que as notas fiscais arroladas na autuação haviam sido escrituradas regularmente não restou comprovada. Infrações subsistentes. **2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. a) MATERIAL DE CONSUMO. b) BENS DO ATIVO IMOBILIZADO.** Autuado elide parcialmente as infrações ao comprovar que o autuante considerou sucatas como bens de uso e consumo, assim como bens do ativo imobilizado. Infrações parcialmente subsistentes. **3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO.** A falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Autuado comprova que parte substancial da exigência fiscal é insubsistente. Auditor Fiscal designado efetuou as correções e ajustes necessários. Refeitos os cálculos. Reduzido o valor do débito. Infração parcialmente subsistente. **b) NULIDADE. PROCEDIMENTO FISCAL INCOMPATÍVEL COM A NATUREZA DOS FATOS MATERIAIS.** Autuação efetuada em desacordo com as rotinas usuais da fiscalização, implicando desvirtuamento da natureza da imputação. Por implicar mudança do fulcro da imputação, é impossível dar prosseguimento à lide, em atendimento aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa. Infração nula. **4. LIVROS FISCAIS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES RECOLHIDOS E LANÇADOS NO REGISTRO DE APURAÇÃO. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Imputação elidida.** Restou comprovada a existência de saldo credor que absorveu o débito apurado. Não acolhida a arguição de decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 15/09//2009, exige crédito tributário no valor de R\$ 52.814,28, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS atribuídas ao autuado:

1. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro, março a maio, outubro a dezembro de 2004, janeiro a dezembro de 2005, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 1.928,39, correspondente a 1% do valor comercial das mercadorias;
2. Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, nos meses de novembro de 2004, janeiro, abril a junho e novembro de 2005, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 13.420,36, acrescido da multa de 60%;
3. Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, destinadas a consumo do próprio estabelecimento, nos meses de janeiro a maio, outubro a dezembro de 2004, fevereiro a maio, setembro e dezembro de 2005, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 6.491,83, acrescido da multa de 60%;
4. Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos, 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 estoques por espécie de mercadorias nos exercícios de 2004 e 2005, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 30.261,18, acrescido da multa de 70%;
5. Omissão de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, no exercício de 2005, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$ 50,00. Consta se referir exclusivamente a operações internas com sucata de Perfil de Alumínio (CFOP 5.102), ocorridas com diferimento do imposto;
6. Recolheu a menos ICMS em decorrência de desconhecimento entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, no mês de abril de 2004, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 40,32, acrescido da multa de 60%;
7. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, no mês de março de 2004, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 622,20, correspondente a 10% do valor comercial das mercadorias.

O autuado apresentou defesa (fls. 98 a 111), arguindo, preliminarmente, a ocorrência da decadência do direito da Fazenda Pública estadual de constituir o crédito tributário, relativamente aos fatos geradores ocorridos antes de setembro de 2004, quanto às infrações 01, 03 e 07, invocando nesse sentido o art. 150, §4º do CTN.

Rechaça o mérito da autuação, sustentando que inexistente a falta de escrituração das notas fiscais no livro Registro de Entradas, conforme a acusação fiscal das infrações 01 e 07. Alega a ocorrência de mero erro de digitação, havendo apenas incorreção formal no número dos documentos registrados no livro RE. Diz que para comprovar sua alegação anexa aos autos cópia das páginas do livro RE onde foram lançados os referidos documentos fiscais (doc.02), devendo ser cancelado totalmente estes itens da autuação.

No que tange às infrações 02 e 03, afirma que nos termos do art. 6º, inciso VIII do RICMS/BA, não há incidência de ICMS nas saídas de bens do ativo imobilizado ocorridas após um ano de uso no próprio estabelecimento, descabendo, portanto, a exigência da diferença de alíquotas. Invoca e reproduz o Acórdão JF nº 0815/98, para reforçar sua argumentação.

Salienta que nem todas as notas fiscais arroladas na infração 03 se referem a materiais de uso e consumo, conforme alegado pelo autuante. Acrescenta que as notas fiscais que têm valores

significativos dizem respeito à aquisição de sucata e não material de uso/consumo, a exemplo das Notas Fiscais n.s 220, 12, 232 e 244.

Salienta que mesmo se tratando de bens recebidos com menos de um ano de uso, devem ser aplicadas as reduções de base de cálculo, previstas no art. 83, I, do RICMS/BA, no percentual de 95% e 80%, conforme o caso.

Afirma que por tais razões as infrações 02 e 03 devem ser canceladas.

No respeitante às infrações 04 e 05, sustenta que são improcedentes, conforme se verifica pelos controles de estoque, relativo aos itens mencionados no Auto de Infração.

Afirma que o autuante desconsiderou as quantidades iniciais que compunham o seu estoque, bem como, que houve confusão por parte do autuante com relação à entrada de produtos diferentes no estoque. Diz que ao se comparar os três primeiros lançamentos referentes à entrada de sucata (embalagem/garrafa)PET, Notas Fiscais nºs 277,280 e 281, respectivamente, pode se identificar que não há diferença alguma das quantidades constantes do relatório “Kardex Fisico-Financeiro” que apresentou(Doc. 04).

Afirma que se observando atentamente o quarto item constante da Auditoria de Estoque realizada pelo autuante para as entradas de sucata (embalagem/garrafa) PET (Doc. 03), verifica-se que foi atribuída à Nota Fiscal nº 282 a entrada de 50 kg deste produto, quantidade esta que difere daquela presente no Kardex(Doc .04), que evidencia a entrada de 3.500 kg de sucata PET no estoque, na mesma data e com o mesmo número de documento fiscal.

Frisa que além da diferença acima aduzida, ao se verificar o item constante da Auditoria de Estoque para as entradas de Sucata UBC – de Lata/Alumínio, nota-se no terceiro item, a alegação de entrada de 3.500 kg do produto, na mesma data de 29/01/200 e com o mesmo número de documento fiscal da entrada apontada nos itens 7 e 8.

Observa que analisando a movimentação do estoque por meio do relatório “Kardex Físico-Financeiro” para a sucata UBC(Doc. 05), verifica-se que, para o mesmo documento fiscal a quantidade da entrada foi de 50 kg, portanto, exatamente o mesmo valor que deveria constar com relação à entrada da sucata PET, restando evidenciada a confusão do autuante com relação às entradas de mercadoria no estabelecimento, tendo sido calculadas como Sucata de Alumínio as entradas referentes à Sucata de PET.

Assevera, ainda, que o autuante ao apurar as quantidades de itens e a movimentação dos estoques no período auditado, não atentou para as quantidades de produtos então constantes no seu estoque, conforme detalhamento que apresenta abaixo:

- diz que ao se verificar as quantidades discriminadas na planilha de Auditoria de Estoque de 2004, verifica-se que todas as entradas de mercadorias que realizou foram contempladas em seu registro fiscal;

- alega que ao se comparar as quantidades presentes na planilha de Auditoria de Estoques elaborada pelo autuante com aquelas presentes na planilha “Resumo Diário do Kardex”(Doc. 06), ambos de 2004, verifica-se, exemplificativamente, que tanto o movimento da sucata de PET quanto o da sucata do perfil de alumínio são superiores àqueles apresentados pela Fiscalização, conforme, ilustração que apresenta, na qual consta o total de entradas de sucata PET na quantidade de 151.81,60 na Auditoria de Estoque e a quantidade de 154.408,50 no Resumo Diário do Kardex, assim como, o total de entradas de sucata perfil na quantidade de 48.349,70 na Auditoria de Estoque e a quantidade de 48.470,50 no Resumo Diário do Kardex.

Sustenta que resta evidenciada a inexistência de ausência de recolhimento do imposto decorrente de omissão de saída de mercadorias tributáveis, razão pela qual não merecem prosperar tais infrações.

No tocante à infração 06, consigna que no período de abril de 2005 apurou débito de ICMS por operações tributadas no valor de R\$ 40,32, contudo, que foi absorvido pela apuração de saldo credor

do imposto no valor de R\$ 15.376,94, conforme comprova a cópia do livro Registro de Apuração do ICMS que acosta aos autos (doc. 09), sendo totalmente improcedente esta infração.

Conclui requerendo que seja acolhida a preliminar de decadência referente aos fatos geradores ocorridos antes de setembro de 2004, e, no mérito, que seja julgado totalmente improcedente o Auto de Infração. Protesta, ainda, pela produção e juntada de todas as provas e documentos cabíveis à presente defesa em momento posterior.

O autuante prestou informação fiscal (fls. 159/160), consignando quanto às infrações 01 e 07, que o autuado declarou que as notas não lançadas foram devidamente registradas no livro Registro de Entradas de Mercadorias, anexando cópia do referido livro às folhas 115 e 116 dos autos, contudo, nem no mês referente a tal documentação, no caso, novembro de 2004, verificou os lançamentos em questão.

No que tange às infrações 02 e 03, diz que, de fato, na desincorporação de bens do ativo imobilizado após um ano, não cabe esse tipo de exigência, porém, desde que devidamente comprovada. Salienta que, como o autuado até o momento, nada juntou aos autos, não pode ainda, levar em consideração tal hipótese. Observa que o autuado alega que o material acobertado pelas Notas Fiscais n°s 220, 12, 232 e 244, se trata de sucata, contudo, diz que tal afirmativa não é verdadeira, pois, além da descrição à folha 59 não sinalizar nesta direção, não teria sentido, a matriz em São Paulo recebedora contumaz das sucatas da sua filial, enviar para a Bahia.

No que concerne à infração 04, admite ter incorrido em equívoco ao considerar como interestadual a alíquota de 17%, ao invés de 12%, que diz ser a alíquota correta no presente caso, em que se encerra a fase do diferimento na saída da mercadoria do Estado da Bahia para o Estado de São Paulo. Observa que a correção da alíquota resulta na redução do débito originalmente apontado no Auto de Infração de R\$ 30.261,18 para R\$ 21.360,84.

Diz que no mais o autuado fez referência ao kardex – sistema de controle físico -, contudo, o que prevalece são os dados verificados nas notas fiscais de entrada e saída.

Quanto à infração 06, salienta que o autuado entendeu que pelo fato de ter havido saldo credor no mês relativo à exigência fiscal, no caso, abril de 2005, não seria cabível essa exigência, entretanto, apesar desse fato, como houve recolhimento do imposto diferido normalmente, conforme Extrato de Recolhimento à folha 91, tal premissa não subsiste.

Finaliza consignando que com a redução da infração 04, o valor total do débito exigido no Auto de Infração fica reduzido para R\$ 43.913,94.

Intimado para ciência da informação fiscal o autuado se manifestou (fls. 165 a 169), requerendo a juntada dos documentos atinentes à manifestação apresentada.

Reporta-se sobre as infrações 01 e 07, esclarecendo que está juntando cópias dos livros e das notas fiscais, novamente, para demonstrar que houve escrituração.

Quanto às infrações 02 e 03, reitera que o autuante incluiu no levantamento notas fiscais de compra de sucata como se fossem notas fiscais de aquisições de material de uso/consumo e ativo fixo, indevidamente, citando como exemplos as Notas Fiscais n°s 220, 12, 232, 244, 313, 316, 34, 35, 36, 480, 499, 103.

Quanto à infração 04, reitera que houve erro na análise dos documentos, comprometendo a conclusão dos trabalhos em sua totalidade e autuação indevida pelo autuante.

Salienta que está juntando cópia das Notas Fiscais n°s 0282 e 294, indicando as quantidades que constam do relatório de auditoria e da nota fiscal, referente a SUCATA PET, SUCATA DE ALUMÍNIO, bem como, a divergência entre o número das Notas Fiscais n°s 75, 79, 80 e 005, e o formulário, tendo o autuante considerado o número do formulário. Ressalta que a diferença do produto Sucata PET do relatório fiscal em 2005, é exatamente o saldo anterior não considerado.

Consigna, ainda, que a Nota Fiscal nº 294, consta no relatório do autuante como 2.200 kg de sucata de alumínio, quando no seu sistema e fisicamente se refere a 50,00 kg d sucata de alumínio, apresentando uma diferença de 2.150 kg.

Frisa que dentre inúmeras notas fiscais existem também divergência entre o número do documento fiscal e o formulário, citando as Notas Fiscais nºs 014 e 017.

Encaminhado o processo para o autuante para ciência e pronunciamento a respeito da manifestação apresentada pelo autuado(fl. 249), o autuante se pronunciou à 250, consignando que estava devolvendo o PAF, por não estar ora lotado na Fiscalização.

O Auditor Fiscal designado para se pronunciar sobre a manifestação do autuado esclareceu às fls. 253 a 257, que em razão de o autuante não estar mais lotado na Fiscalização de estabelecimentos, estava prestando informação fiscal, em cumprimento à Ordem de Serviço nº 506.165.

Observa que o autuado alega que deve ser reconhecida a decadência do lançamento dos fatos geradores ocorridos antes de setembro de 2004, com fulcro no art. 150, §4º do CTN, onde o prazo decadencial de 05 anos é contado a partir da ocorrência do fato gerador, e levando em conta o fato de que a data de sua ciência do Auto de Infração foi em 23/09/2009. Diz que, contudo, esta alegação não prospera, pois o marco inicial desse prazo decadencial fixado pela legislação baiana, é o primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato gerador.

Sustenta que em relação aos fatos geradores contestados, que ocorreram entre janeiro a setembro de 2004, o início do prazo decadencial se deu em 01/01/2005, e a ação fiscal se iniciou em 10/07/2009, consoante termo apensado à fl. 10, que culminou com a lavratura do presente Auto de Infração em 15/09/2009, dentro do prazo previsto.

No tocante às infrações 01 e 07, observa que as notas fiscais objeto da autuação não foram registradas no livro Registro de Entradas, assim como não foram encontrados quaisquer elementos que pudessem corroborar os argumentos defensivos, quais sejam, os demais dados dos documentos fiscais, como valor da nota, data, etc, deveriam constar no registro, o que poderia ensejar a apreciação de “mero erro de digitação quanto ao número” da nota fiscal. Afirma que devem ser mantidos os demonstrativos referentes às infrações 01 e 07.

No que tange às infrações 02 e 03, salienta que o autuado alega que a exigência fiscal é indevida, por se tratar de aquisição de bens desincorporados do ativo fixo com mais de um ano de uso. Frisa que, efetivamente, assim seria caso o autuado comprovasse devidamente o fato, porém não junta aos autos documentos que comprovem tal afirmação.

Ressalta, contudo, que procede a alegação defensiva de que diversas notas fiscais de sucata foram consideradas pelo autuante como sendo material de uso/consumo ou destinada ao ativo fixo.

Apresenta relação das notas fiscais que devem ser excluídas da autuação, com os respectivos valores, no caso, as Notas Fiscais nºs 220, 12, 232, 244, 313, 316, 34, 35, 36, 480, 499, 103.

Esclarece que com as exclusões das notas fiscais acima relacionadas, a infração 02, passa para o valor de R\$ 1.554,42, conforme demonstrativo que apresenta, na forma abaixo:

Infração 02

Data de Ocorrência.	Data Vencto.	Base de Cálculo	Aliq. %	Multa (%)	Valor Débito
31/05/2005	09/06/2005	85,41	17,00	60,00	14,52
30/06/2005	09/07/2005	50,00	17,00	60,00	8,50
30/11/2005	09/12/2005	9.008,23	17,00	60,00	1.531,40
TOTAL					1.554,42

Já a infração 03, passa para o valor de R\$ 2.547,74, conforme demonstrativo que apresenta.

Infração 03

Data Ocorr.	Data Vencido.	Base de Cálculo	Aliq. %	Multa (%)	Valor Débito
31/01/2004	09/02/2004	483,70	17,00	60,00	82,23
29/02/2004	09/03/2004	2.347,05	17,00	60,00	399,00
31/03/2004	09/04/2004	994,41	17,00	60,00	169,05
30/04/2004	09/05/2004	3.000,94	17,00	60,00	510,16
31/05/2004	09/06/2004	120,17	17,00	60,00	20,43
30/11/2004	09/12/2004	785,23	17,00	60,00	133,49
31/12/2004	09/01/2005	813,94	17,00	60,00	138,37
28/02/2005	09/03/2005	153,47	17,00	60,00	8,50
30/04/2005	09/05/2005	4.740,64	17,00	60,00	805,91
31/05/2005	09/06/2005	1.220,58	17,00	60,00	207,50
31/12/2005	09/01/2006	430,00	17,00	60,00	73,10
TOTAL					2.547,74

No respeitante à infração 04, salienta que concorda com a argumentação defensiva de que o autuante se confundiu com relação à Nota Fiscal nº 282, tendo invertido as quantidades das mercadorias SUCATA UBC (LATA/ALUMINIO) e SUCATA DE PET, pois se observa nesse documento fiscal que o correto seria 3.500 kg de SUCATA DE PET e 50 kg de SUCATA DE ALUMÍNIO, enquanto o autuante relacionou o inverso, ocasionando uma diferença a mais de 3.450 kg nas entradas de SUCATA DE ALUMINIO, e uma diferença a menos, no mesmo valor, nas entradas de SUCATA PET.

Registra que também ocorreu um equívoco com relação à Nota Fiscal de entrada nº 294, onde o autuante em seu demonstrativo das entradas(fl. 65), lançou ambas as quantidades, isto é, 2.200 kg e 50 kg para o item SUCATA DE ALUMINIO, quando na realidade os 2.200 kg se referiam ao item SUCATA PET, ocasionando uma diferença a mais de 2.150 kg nas entradas de SUCATA DE ALUMINIO.

Salienta que o autuado apresentou o livro Registro de Inventário, onde constam os valores dos estoques dos estoques iniciais e finais dos exercícios de 2004 e 2005, que não foram considerados no levantamento realizado pelo autuante, cujas cópias se encontram às fls. 251/252.

Esclarece que refazendo os cálculos para o exercício de 2004, a mercadoria SUCATA UBC (LATA/ALUMINIO), com “valores em KG”, apresenta a seguinte composição:

Est. Inicial – 3000,00
Entradas – 140.359,46
Saídas c/NF –132.898,66
Est. Final – 10.087,00
Omissão de Saídas – 373,80
Valor do Imposto (alíq. 12%) – R\$ 44,86

Já a mercadoria SUCATA PET, com “valores em KG”, apresenta a seguinte composição:

Est. Inicial – 17.890,30
Entradas – 157.451,60
Saídas c/NF –155.376,80
Est. Final – 16.922,00
Omissão de Saídas – 3.043,10
Valor do Imposto (alíq. 12%) – R\$ 365,17

No que concerne aos valores referentes ao exercício de 2005, esclarece que a mercadoria SUCATA UBC (LATA/ALUMINIO), com “valores em KG”, tem a seguinte composição:

Est. Inicial – 10.087,00
Entradas – 845.037,90
Saídas c/NF –806.350,50

Est. Final – 0,00
Omissão de Saídas – 48.774,40
Valor do Imposto (alíq. 12%) – R\$ 5.852,93

Quanto à mercadoria SUCATA PET, com “valores em KG”, apresenta a seguinte composição:

Est. Inicial – 16.922,00
Entradas – 147.556,05
Saídas c/NF – 164.488,05
Est. Final – 0,00
Omissão de Entradas – 10,00

Salienta que o novo demonstrativo do débito da Infração 04, passa a ter a seguinte conformação:

Data Ocorr.	Data Vencido.	Base de Cálculo	Aliq. %	Multa (%)	Valor Débito
31/12/2004	09/01/2005	3.416,93	12,00	70,00	410,33
31/12/2005	09/01/2006	48.774,40	12,00	70,00	5.852,93

Observa que no demonstrativo acima já consta o valor retificado pelo autuante, decorrente da alíquota de 17% para 12%, acatando as razões do autuado, conforme exposto em sua informação fiscal à fl. 159, item “c”.

No que diz respeito à infração 06, consigna que concorda com o argumento do autuado de que o valor exigido de R\$ 40,32, foi devidamente lançado no livro Registro de Apuração do ICMS e deduzido do montante do saldo credor do período, não devendo ser recolhido.

Finaliza opinando pela procedência parcial do Auto de Infração, com as retificações realizadas.

Intimado para conhecimento da informação fiscal prestada pelo Auditor Fiscal designado, o autuado se manifestou (fls. 263 a 272), reiterando os seus argumentos referentes à ocorrência da decadência.

No que tange às infrações 01 e 07, discorda da conclusão proferida pelo Auditor Fiscal informante, afirmando que ao contrário do quanto alegado nas informações de fls. 253 a 257, todos os dados obrigatórios em relação às notas fiscais em referência, tais como, os seus valores, data de emissão e outros, se encontram consignados no livro Registro de Entradas, conforme doc. 02 colacionado na defesa, não havendo que se falar em violação ao art. 322 do RICMS/BA.

Reitera que estas infrações não devem ser mantidas.

Quanto às infrações 02 e 03, também discorda da conclusão trazida pelo informante, sustentando que juntou todos os documentos necessários à comprovação de que os referidos bens pertenciam ao seu ativo imobilizado e que, por sua vez, já detinham mais de um ano de utilização, de modo a compatibilizar-se com a prescrição do art. 6º, VIII do RICMS/BA.

Reitera que as infrações 02 e 03 devem ser totalmente canceladas.

No que tange às infrações 04 e 05, diz que muito embora tenha corretamente reconhecido os erros de fiscalização, o Auditor Fiscal informante, ainda assim manteve uma diferença a qual pretendeu tributar, que não coaduna com as notas fiscais apresentadas, nem tampouco com o livro Registro de Inventário colacionado aos autos (Kardex).

Discorda do resultado apresentado para o produto SUCATA UBC, no exercício de 2004, afirmando que o saldo do estoque inicial é de 300,00, contudo, o volume de entradas é de 142.685,66, os quais se colocados contra as saídas de 132.898,66, evidenciam um saldo final de 10.087,00, demonstrando que não houve nenhuma omissão. Quanto ao produto SUCATA PET, também no exercício de 2004, alega que o volume acumulado entre estoque inicial e entradas é de 154.408,50, e não de 175.341,90, como

consta das informações fiscais, sendo correto o estoque final de 16.922,00 afastando a omissão de 3.043,10. Afirma que situação semelhante ocorreu na exigência fiscal referente ao exercício de 2005, com relação aos mesmos produtos, havendo divergência entre os valores apontados pelo informante e o que apresentou.

No que tange à SUCATA UBC diz que os valores corretos, segundo as provas já carreadas aos autos são: entradas 876.180,00 e saídas 886.267,00, resultando em um saldo final de 0,00, evidenciando que não houve omissão de saídas. Quanto ao produto SUCATA PET, esclarece que o a exata quantidade de saídas não é de 164.488,05, mas sim de 164.478,05, o que encerra um estoque 0,00 para o exercício de 2005, inexistindo, portanto, qualquer omissão de entradas.

Assevera que desta forma, as infrações 04 e 05 são insubsistentes.

No tocante à infração 06, diz que o Auditor Fiscal informante reconheceu que houve a absorção do débito pelo saldo credor apurado, razão pela qual reitera a insubsistência desta infração.

Conclui requerendo o cancelamento integral do Auto de Infração.

O Auditor Fiscal informante se pronunciou (fls. 278 a 281), consignando que o autuado não acrescenta novos elementos comprobatórios de suas alegações, apenas as reitera.

Salienta, contudo, que irá tecer algumas considerações oportunas, além daquelas já detalhadas na informação fiscal anterior de fls. 253 a 257.

Reitera a contestação apresentada quanto à alegação do autuado de ocorrência de decadência em relação aos fatos geradores ocorridos entre janeiro a setembro de 2004.

No que tange às infrações 01 e 07, reafirma que pelas próprias cópias do livro Registro de Entradas anexadas pelo autuado, verifica-se que as notas fiscais arroladas na autuação não foram registradas no referido livro, não sendo encontrados quaisquer elementos que pudessem corroborar os argumentos defensivos de que teria havido “mero erro de digitação quanto ao número” da nota fiscal, razão pela qual devem ser mantidas as infrações.

Quanto às infrações às infrações 02 e 03, salienta que, conforme já informado anteriormente, reitera que o autuado argumenta que a exigência é indevida por se tratar de aquisição de bens desincorporados do ativo fixo com mais de um ano de uso. Frisa que, efetivamente, assim seria caso o autuado comprovasse devidamente o fato, porém não junta aos autos documentos que comprovem tal afirmação.

Ressalta que procede a alegação defensiva de que diversas notas fiscais de sucata foram consideradas pelo autuante como sendo material de uso/consumo ou destinada ao ativo fixo.

Apresenta relação das notas fiscais que devem ser excluídas da autuação, com os respectivos valores, no caso, as Notas Fiscais nºs 220, 12, 232, 244, 313, 316, 34, 35, 36, 480, 499, 103.

Esclarece que com as exclusões das notas fiscais acima relacionadas, a infração 02, passa para o valor de R\$ 1.554,42, conforme demonstrativo que apresenta abaixo:

Infração 02

Data de Ocorrência.	Data Vencido.	Base de Cálculo	Aliq. %	Multa (%)	Valor Débito
31/05/2005	09/06/2005	85,41	17,00	60,00	14,52
30/06/2005	09/07/2005	50,00	17,00	60,00	8,50
30/11/2005	09/12/2005	9.008,23	17,00	60,00	1.531,40
TOTAL					1.554,42

Já a infração 03, passa para o valor de R\$ 2.547,74, conforme demonstrativo que apresenta.

Infração 03

Data Ocorr.	Data Vencdo.	Base de Cálculo	Aliq. %	Multa (%)	Valor Débito
31/01/2004	09/02/2004	483,70	17,00	60,00	82,23
29/02/2004	09/03/2004	2.347,05	17,00	60,00	399,00
31/03/2004	09/04/2004	994,41	17,00	60,00	169,05
30/04/2004	09/05/2004	3.000,94	17,00	60,00	510,16
31/05/2004	09/06/2004	120,17	17,00	60,00	20,43
30/11/2004	09/12/2004	785,23	17,00	60,00	133,49
31/12/2004	09/01/2005	813,94	17,00	60,00	138,37
28/02/2005	09/03/2005	153,47	17,00	60,00	8,50
30/04/2005	09/05/2005	4.740,64	17,00	60,00	805,91
31/05/2005	09/06/2005	1.220,58	17,00	60,00	207,50
31/12/2005	09/01/2006	430,00	17,00	60,00	73,10
TOTAL					2.547,74

No respeitante à infração 04, salienta que concorda com a argumentação defensiva que diz respeito ao valor do estoque inicial da mercadoria SUCATA UBC, que é de 300 Kg, e não de 3.000 Kg, como informado anteriormente.

Esclarece que refazendo os cálculos para o exercício de 2004, a mercadoria SUCATA UBC (LATA/ALUMINIO), com “valores em KG”, apresenta a seguinte composição:

Est. Inicial – 300,00

Entradas – 140.359,46

Saídas c/NF – 132.898,66

Est. Final – 10.087,00

Omissão de Saídas – 373,80

Valor do Imposto (alíq. 12%) – R\$ 279,14

Já a mercadoria SUCATA PET, com “valores em KG”, apresenta a seguinte composição:

Est. Inicial – 17.890,30

Entradas – 157.451,60

Saídas c/NF – 155.376,80

Est. Final – 16.922,00

Omissão de Saídas – 3.043,10

Valor do Imposto (alíq. 12%) – R\$ 365,17

No que concerne aos valores referentes ao exercício de 2005, esclarece que a mercadoria SUCATA UBC (LATA/ALUMINIO), com “valores em KG”, tem a seguinte composição:

Est. Inicial – 10.087,00

Entradas – 845.037,90

Saídas c/NF – 806.350,50

Est. Final – 0,00

Omissão de Saídas – 48.774,40

Valor do Imposto (alíq. 12%) – R\$ 5.852,93

Já a mercadoria SUCATA PET, com “valores em KG”, apresenta a seguinte composição:

Est. Inicial – 16.922,00

Entradas – 147.556,05

Saídas c/NF – 164.488,05

Est. Final – 0,00

Omissão de Entradas – 10,00

Salienta que o novo demonstrativo do débito da Infração 04, passa a ter a seguinte conformação:

Data Ocorr.	Data Vencto.	Base de Cálculo	Aliq. %	Multa (%)	Valor Débito
31/12/2004	09/01/2005	3.416,93	12,00	70,00	644,31
31/12/2005	09/01/2006	48.774,40	12,00	70,00	5.852,93

Observa que no demonstrativo já consta o valor retificado pelo autuante, decorrente da alíquota de 17% para 12%, acatando as razões do autuado, conforme exposto em sua informação fiscal à fl. 159, item “c”.

No que diz respeito à infração 06, consigna que concorda com o argumento do autuado de que o valor exigido de R\$ 40,32, foi devidamente lançado no livro Registro de Apuração do ICMS e deduzido do montante do saldo credor do período, não devendo ser recolhido.

Finaliza opinando pela procedência parcial do Auto de Infração, com as retificações realizadas.

Intimado para conhecimento da informação fiscal prestada pelo Auditor Fiscal designado, o autuado se manifestou(fl. 286 a 292), reiterando os seus argumentos referentes à ocorrência da decadência.

No que tange às infrações 01 e 07, discorda da conclusão proferida pelo Auditor Fiscal informante, afirmando que ao contrário do quanto alegado nas informações de fls. 253 a 257, todos os dados obrigatórios em relação às notas fiscais em referência, tais como, os seus valores, data de emissão e outros, se encontram consignados no LRE, conforme Doc. 02 colacionado na defesa, não havendo que se falar em violação ao art. 322 do RICMS/BA.

Reitera que estas infrações não devem ser mantidas.

Quanto às infrações 02 e 03, também discorda da conclusão trazida pelo informante, sustentando que juntou todos os documentos necessários à comprovação de que os referidos bens pertenciam ao seu ativo imobilizado e que, por sua vez, já detinham mais de um ano de utilização, de modo a compatibilizar-se com a prescrição do art. 6º, VIII do RICMS/BA.

Reitera que as infrações 02 e 03 devem ser totalmente canceladas.

No que tange à infração 04, diz que muito embora tenha corretamente reconhecido os erros de fiscalização, o Auditor Fiscal informante, ainda assim manteve uma diferença a qual pretendeu tributar, que não coaduna com as notas fiscais apresentadas, nem tampouco com o livro Registro de Inventário colacionado aos autos (Kardex). Discorda do resultado apresentado para o produto SUCATA UBC, no exercício de 2004, afirmando que o saldo do estoque inicial é de 300,00, contudo, o volume de entradas é de 142.685,66, os quais se colocados contra as saídas de 132.898,66, evidenciam um saldo final de 10.087,00, demonstrando que não houve nenhuma omissão. Quanto ao produto SUCATA PET, também no exercício de 2004, alega que o volume acumulado entre estoque inicial e entradas é de 154.408,50, e não de 175.341,90, como consta das informações fiscais, sendo correto o estoque final de 16.922,00 afastando a omissão de 3.043,10. Afirma que situação semelhante ocorreu na exigência fiscal referente ao exercício de 2005, com relação aos mesmos produtos, havendo divergência entre os valores apontados pelo informante e o que apresentou.

Afirma que inobstante a retratação fiscal contida na informação fiscal, a qual deve ser mantida, resta evidente que as infrações 04 e 05 são insubsistentes.

No tocante à infração 06, diz que o Auditor Fiscal informante reconheceu que houve a absorção do débito pelo saldo credor apurado, razão pela qual reitera a insubsistência desta infração.

Conclui reiterando todos os argumentos apresentados na defesa, para requerer o cancelamento integral do Auto de Infração.

O Auditor Fiscal designado se pronunciou (fl. 306), afirmando que o autuado em sua nova manifestação não acrescenta novos elementos comprobatórios de suas alegações, razão pela qual

nada tem a acrescentar às informações já prestadas na informação fiscal anterior de fls. 278 a 282, mantendo parcialmente a autuação, com as retificações realizadas.

A 1ª JJF, considerando as divergências apontadas pelo autuado, converteu o processo em diligência à INFRAZ/ATACADO, (fls. 310/311), a fim de que o Auditor Fiscal que prestou a informação fiscal adotasse as seguintes providências: a) esclarecesse o motivo das divergências entre os valores que apurou e os valores apontados pelo impugnante, inclusive, o motivo pelo qual não acatou os argumentos defensivos; b) caso mantivesse ou modificasse os valores apresentados, tanto para o exercício de 2004, quanto para exercício de 2005, elaborasse novos demonstrativos. Foi observado, ainda, que houve um equívoco do Auditor Fiscal na indicação do ICMS devido, haja vista que aplicou a alíquota sobre a quantidade omitida quando, na realidade, deveria apurar a base de cálculo multiplicando a quantidade de saídas omitidas pelo preço médio da saída apurado, resultando daí o valor da base de cálculo sobre a qual deveria aplicar a alíquota interna de 17%, haja vista que se trata de saídas de mercadorias sem documento fiscal.

O Auditor Fiscal designado dando cumprimento à diligência se pronunciou às fls. 316 a 318, esclarecendo que as mercadorias cujos valores estão em contestação dizem respeito à SUCATA UBC (LATA/ALUNIO) e SUCATA PET (EMBALAGEM PET).

Salienta que no exercício de 2004, no que diz respeito a SUCATA UBC (LATA/ALUMINIO) que no estoque inicial foi acatada a quantidade de 300,00 kg apresentado pelo autuado (fl. 135). Quanto às entradas apontadas pelo autuante de 145.959,46 kg, com as retificações efetuadas após a apresentação pelo autuado das Notas Fiscais nºs 282 e 294, diz que o valor das entradas passou para 140.309,46 kg. Diz que considerado o estoque final de 10.087,00 kg; as saídas reais de 130.522,46 kg; saídas com notas fiscais de 132.898,66 kg; a omissão de entradas é de 2.376,20 kg que aplicado o preço médio de R\$ 4,18, resulta na base de cálculo de R\$ 9.932,52, que aplicada a alíquota de 17%, resulta no valor do ICMS devido de R\$ 1.688,53.

Com relação à SUCATA PET, esclarece que foi acatado o valor de 17.890,30 kg apresentado pelo autuado (fl. 132). Quanto às entradas apontadas pelo autuante de 151.801,60 kg, com as retificações efetuadas após a apresentação pelo autuado das Notas Fiscais n.s 282 e 294, diz que o valor das entradas passou para 157.451,60 kg. Diz que considerado o estoque final de 16.922,00 kg; as saídas reais de 157.753,00 kg; saídas com notas fiscais de 155.376,80 kg; a omissão de saídas é de 2.376,20 kg que aplicado o preço médio de R\$ 0,68, resulta na base de cálculo de R\$ 1.615,82, que aplicada a alíquota de 17%, resulta no valor do ICMS devido de R\$ 274,69.

Ressalta que, tendo em vista que o valor total da omissão de entradas foi superior ao valor total da omissão de saídas, deverá ser exigido apenas o valor maior, no caso, o da omissão de entradas.

No que concerne aos valores referentes ao exercício de 2005, esclarece que a mercadoria SUCATA UBC (LATA/ALUMINIO), com “valores em KG”, tem a seguinte composição:

Est. Inicial – 10.087,00
Entradas – 845.037,90
Estoque Final – 0,00
Saídas Reais – 855.124,90 kg
Saídas c/NF – 806.350,50
Est. Final – 0,00
Omissão de Saídas – 48.774,40
Preço Médio – R\$ 3,19
Base de cálculo – R\$ 155.590,34
Valor do Imposto (alíq. 12%) – R\$ 26.450,36

Já a mercadoria SUCATA PET, com “valores em KG”, apresenta a seguinte composição:

Est. Inicial – 16.922,00

Entradas – 147.556,05

Saídas c/NF – 164.488,05

Est. Final – 0,00

Omissão de Entradas – 10,00

Consigna que para o exercício de 2005 deve ser exigido apenas o valor referente à omissão de saídas.

Finaliza mantendo parcialmente a autuação.

Intimado para ciência da informação fiscal o autuado se manifestou (fls. 326 a 330), dizendo que percebeu que as ocorrências apresentadas decorreram da mistura de produtos diferentes, no caso, Sucata de Alumínio, Sucata PET e Sucata Perfil de Alumínio, considerados como mesmo produto. Acrescentou que outro ponto importante foi a não consideração de inúmeras notas fiscais de entrada, notas fiscais de saída, comprometendo com isso a realidade dos fatos.

No que tange ao produto Sucata UBC(Lata/alumínio), no exercício de 2004, afirma que a diferença apontada pelo Auditor Fiscal foi originada por não terem sido consideradas as Notas Fiscais de entradas nºs 194, 254 e 28. Afirma que as Notas Fiscais nºs 18 e 501.696 foram consideradas com as quantidades incorretas e a Nota Fiscal nº 31 não consta do seu registro como Sucata UBC, mas sim como Sucata Perfil de Alumínio, ocasionando assim a diferença apontada no relatório. Registra que está juntando a cópia da Nota Fiscal nº 31 e detalhamento de toda a movimentação do ano de 2004 para o produto MPUBC001 e no anexo doc. 03, relatório do Kardex comprovando que não houve omissão de entradas.

Quanto ao produto Sucata UBC(Lata Alumínio), no exercício de 2005, alega que à fl. 318 se menciona a omissão de saídas totalizando a quantidade de 48.774,40 kg de Sucata de Alumínio. Diz que demonstra a origem dessa diferença, onde não foram consideradas pelo autuante 20 notas fiscais de entrada do referido produto, no total de 31.142,10 kg. Alega, ainda, que não consideradas as Notas Fiscais de saídas nºs 104, 105, 106, 107, 124 e 125, totalizando 84.600,00 kg. Salienta que as Notas Fiscais de saída nºs 999.999 e 89, foram consideradas indevidamente pelo autuante no total de 4.683,50 kg. Acrescenta que está juntando detalhamento de toda movimentação do ano de 2005 referente ao produto MPUBCO01 no doc. 04, e no doc. 05, relatório do Kardex comprovando que não houve omissão de saídas.

Com relação ao produto Sucata (Embalagem/Garrafa) PET, no exercício de 2004, diz que demonstra a origem da diferença, onde foi considerada indevidamente a Nota Fiscal n. 77, totalizando uma quantidade de 3.043,50 kg no relatório do autuante, sendo que esta quantidade no cálculo de suas compras gera uma omissão de saídas de 2.376,20 kg que não constam de seus registros. Acrescenta que está juntando no doc.06, detalhamento de toda a movimentação do ano de 2004 para o produto MPPET001 e no doc. 07, relatório do Kardex do seu sistema, comprovando que não houve omissão de saídas.

No que diz respeito ao produto Sucata PET(embalagem/garrafa), no exercício de 2005, diz que à fl. 319 se menciona a omissão de entradas totalizando a quantidade de 10, kg de Sucata PET.

Salienta que demonstra a origem desta diferença, onde não foi considerada no relatório a entrada da Nota Fiscal de devolução de 10,00 kg de Sucata PET, conforme a Nota Fiscal nº 001749, sendo que esta quantidade no cálculo de suas compras gera uma omissão de entradas de 10,00 kg, resultando assim na diferença apontada no relatório. Acrescenta que está juntando no doc. 08, detalhamento de toda a movimentação do ano de 2005, para o produto NPPET001 e no anexo doc. 09, relatório do Kardex do seu sistema, comprovando que não houve omissão de entradas.

Conclui requerendo que o Auto de Infração seja julgado totalmente improcedente.

O Auditor Fiscal informante se pronunciou (fls. 412 a 415), salientando que o autuado mencionou pela primeira vez uma relação de supostas notas fiscais de entrada e saídas que teriam sido omitidas ou relacionadas com erros nos levantamentos do autuante.

Esclarece que o autuado foi intimado a apresentar tais documentos, o que foi realizado e as respectivas cópias seguem anexadas ao final do relatório. Acrescenta que de posse destas notas fiscais que não foram contempladas pelo autuante, passa a analisar as suas alegações.

No que diz respeito ao produto Sucata UBC (Lata/Alumínio), diz que as Notas Fiscais nºs 194 e 254 foram apresentadas e consideradas no novo levantamento, sendo as quantidades de 2410 e 1420. Quanto à Nota Fiscal nº 28 diz que não foi apresentada pelo autuado. Observa que no levantamento realizado pelo autuante consta uma Nota Fiscal nº 28, contudo, com valores diferentes na quantidade. Com relação às Notas Fiscais nºs 18 e 501696, registra que o autuado anexou cópias e demonstrou a pertinência de suas alegações quanto às diferenças de valores.

Frisa que a Nota Fiscal nº 18 tem o valor correto de 213,10, constando no Auto de Infração 231,10. Já a Nota Fiscal nº 501696 tem o valor correto 1.110,00, constando no Auto de Infração como 4.270,00. Com relação à Nota Fiscal nº 31, que o autuado alega se referir a PERFIL DE ALUMINIO e não SUCATA UBC(Lata/Alumínio), manifesta o entendimento de que não pode prosperar o argumento defensivo, pois, conforme pode ser observado nas próprias cópias anexadas pelo autuado(fl. 353 e 356), as mercadorias descritas são Sucata de Lata e Sucata de Alumínio, e não Perfil de Alumínio, como pretende o autuado. Destaca que na cópia de fl. 353, consta a expressão “PERFIL DE ALUMINIO”, feito em momento posterior, tendo em vista que na cópia de fl. 356 não existe tal expressão.

Diz que após tais considerações, refeito o levantamento de estoque de 2004, houve omissão de entradas no valor de R\$ 7.207,15, com ICMS no valor de R\$ 1.225,22.

Quanto ao exercício de 2005, diz que no item Sucata UBC (Lata/Alumínio), o autuado alega que não foram consideradas 20 notas fiscais de entradas as quais relaciona à fl. 327. Salienta que intimado o autuado este apresentou as referidas notas fiscais, exceto a Nota Fiscal nº 982005, com quantidade de 172,00 kg, razão pela qual esta nota fiscal não foi considerada no novo levantamento. Esclarece que as demais notas fiscais juntadas às fls. 419 a 437, foram consideradas para efeito do novo levantamento, totalizando R\$ 30.969,60. Acrescenta que as 06 notas fiscais de saída, referentes à transferência para a matriz em São Paulo, foram consideradas para efeito do novo levantamento, totalizando R\$ 84.600,00.

Diz que refeito o levantamento houve omissão de saídas no valor de R\$ 15.490,64, com ICMS no valor de R\$ 2.633,41.

Finaliza dizendo que esses são os novos demonstrativos referentes à infração 04.

Intimado para conhecimento da informação fiscal o autuado se manifestou(fl. 447 a 449), discordando, ainda, do resultado apresentado pelo Auditor Fiscal informante. Diz que relativamente ao produto Sucata UBC(Lata/Alumínio), conforme consta à fl. 413, com relação à Nota Fiscal nº 31, emitida por José Fernando Sampaio Carneiro – Comercial S.C, estão discriminados os produtos Sucata de Lata e Sucata de Alumínio, contudo, quando da entrada no seu sistema, na mesma data, foram registrados com os itens Sucata UBC-MP-SI-0001 e Perfil de Alumínio.

Alega que o fornecedor emite as notas fiscais baseado em códigos e nomenclaturas internas do seu negócio, citando, por exemplo, a Comercial S.C. onde o produto Sucata de Alumínio é utilizado para venda de Perfil, ocorrendo que, quando recebe este produto e entra com as notas fiscais no sistema, faz adequação destes códigos e nomenclaturas para Sucata de Lata e Perfil de Alumínio.

Ressalta que estes produtos têm preços distintos, devendo o Auditor Fiscal reconsiderar estas particularidades do negócio, pois desde a entrada o produto foi Perfil de Alumínio.

Quanto ao produto Sucata UBC(Lata/Alumínio), no exercício de 2005, afirma que as Notas Fiscais de saídas nºs 999.999 e 000.089, não constam em seus registros, acarretando com isso aumento nas saídas.

Diz, ainda, que no relatório de auditoria foram considerados os itens 02 e 03 para a Nota Fiscal nº 083, contudo, somente o item 02 é correto.

Afirma que estes elementos aumentam as suas saídas, dando entendimento errôneo de que houve omissão de saídas.

Conclui requerendo que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

O Auditor Fiscal informante se pronunciou (fls. 507/508), dizendo, no que tange ao item SUCATA UBC (LATA/ALUMÍNIO), no exercício de 2004, que o autuado insiste em alegar que a mercadoria entrada na empresa através da Nota Fiscal nº 31 se trata de PERFIL DE ALUMÍNIO, quando na referida nota fiscal consta SUCATA DE ALUMÍNIO, que é outro produto diferente, fato já admitido pelo próprio autuado. Afirma que o argumento defensivo de utilização de nomenclatura conflitante por parte de seu fornecedor em relação à sua própria nomenclatura não tem como prosperar.

Diz que reitera os argumentos sustentados na informação anterior de fls. 412 a 414.

Quanto ao item SUCATA UBC (LATA/ALUMINIO), no exercício de 2005, salienta que o autuado alega, em primeira mão, que a Nota Fiscal nº 999.999, relacionada pelo autuante no demonstrativo das saídas do mês de janeiro de 2005, não possui correspondência em sua escrita fiscal, fato que pode ser verificado no banco de dados anexado em arquivo digital pelo autuante a este PAF. Diz que igualmente concorda com as argumentações com relação à Nota Fiscal nº 89.

Aduz que desta forma as saídas com Notas Fiscais têm o montante de R\$ 886.267,00 kg.

Frisa que assim sendo, existe uma Omissão de Entradas de R\$ 172,50 kg, que multiplicado pelo Preço Médio de R\$ 3,34, resulta na Base de Cálculo de R\$ 576,15, sobre a qual aplicada a alíquota de 17%, resulta no ICMS devido no valor de R\$ 97,94, sendo estes os novos demonstrativos referentes à Infração 04.

Intimado para conhecimento do resultado da diligência, o autuado acusou o recebimento(fl. 510), contudo, não se manifestou.

VOTO

Inicialmente, cabe-me apreciar a arguição defensiva de ocorrência da decadência do direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário, referente aos fatos geradores ocorridos antes de setembro de 2004, quanto às infrações 01, 03 e 07, invocando nesse sentido o art. 150,§4º do Código Tributário Nacional.

Certamente não pode prosperar a pretensão defensiva, haja vista que as disposições do artigo 173, I, do CTN, que são as mesmas previstas no art. 107-A, I, do Código Tributário do Estado da Bahia (Lei 3.956/81) e no art. 965, inciso I, do RICMS/97, prevêm que o direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

No presente caso, o contribuinte deixou de oferecer parcelas do tributo e o Fisco agiu no sentido de recuperá-las mediante o lançamento de ofício e, neste caso, é aplicável o prazo decadencial expresso no artigo 173, inciso I, do CTN, conforme explicitado acima.

Desta forma, o prazo para contagem do prazo decadencial iniciou-se em 01/01/2005, com termo final em 31/12/2009. Considerando que o contribuinte foi intimado sobre o início da ação fiscal em 10/07/2009, consoante termo apensado à fl. 10, ocorrendo a lavratura do presente Auto de Infração em 15/09/2009, portanto, dentro do prazo previsto, não há que se falar em decadência.

Vale consignar que esse tem sido o entendimento deste CONSEF, em reiteradas decisões, a exemplo dos Acórdãos CJF 0102/12-05, 0113/12-05 e 0192-11-05, CJF 0144-11/09, sendo que deste último, reproduzo trecho do voto, a título ilustrativo:

“VOTO

Inicialmente no que toca à preliminar de mérito de ocorrência de decadência quanto ao período de janeiro a novembro de 2002, entendemos, comungando com a JJF, que não se vislumbra a decadência arguida pelo sujeito passivo, diante da regra disposta no inciso I do art. 173 do Código Tributário Nacional – CTN, cujo prazo inicial para contagem da decadência é o primeiro dia do

exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador, determinação esta repetida no art. 107-B do Código Tributário Estadual – COTEB – Lei nº 3.956/81, abaixo transcrito, *in verbis*:

“Art. 107-B

§ 5º - *Considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.*” Grifos nossos

Do exposto, como o Auto de Infração foi lavrado em 17/12/2007, e se reporta a fatos geradores ocorridos no exercício de 2002, tinha a Fazenda Pública prazo até 01/01/2008 para efetuar o referido lançamento. Quanto à menção por parte do recorrente da Súmula Vinculante nº 08 do STF - aprovada na sessão plenária de 12/06/2008, e publicada no DO de 20/06/2008 – a mesma declara a inconstitucionalidade de legislação federal que disciplina a decadência e a prescrição do crédito tributário vinculado às contribuições previdenciárias, explicitando o entendimento de que deverá ser aplicado o prazo quinquenal previsto no CTN e reconhecendo que apenas lei complementar pode dispor sobre normas gerais em matéria tributária. Eis o texto da referida Súmula: “São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto- lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.”

Entendemos data *venia*, que a referida Súmula não se aplica ao ICMS e, em reforço a esta tese, os próprios doutrinadores que estão a se debruçar sobre a matéria cingem sua aplicabilidade à esfera da Administração Pública Federal, a qual compete gerir as contribuições previdenciárias. Ressaltamos, no entanto, e aí comungando com o último Parecer proferido pela PGE/PROFIS, que a questão deverá ser aprofundada no âmbito da Administração Tributária Estadual, mormente diante da posição externada pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional – PGFN – que através do Parecer nº 1617/2008, proferido após a edição da Súmula Vinculante nº 08 e em vista desta, expressamente adotou entendimento quanto à fixação do termo *a quo* do prazo decadencial que comunga com o externado pelo recorrente, além de entendimento em sentido idêntico também adotado pela Procuradoria Estadual do Rio de Janeiro, através do Parecer CFS nº 02/2008, embora deva ser também ressaltado que ambos não vinculam a Administração Estadual baiana ou o Conselho de Fazenda Estadual, mormente diante da disposição expressa da nossa legislação, acima citada.”

Desta forma, não acolho a decadência arguida.

No mérito, no que tange às infrações 01 e 07, que dizem respeito à entrada no estabelecimento de mercadorias sem o devido registro na escrita fiscal, sendo a infração 01 referente à mercadorias não sujeitas à tributação e a infração 07 atinente à mercadorias tributáveis, constato do exame das cópias do livro Registro de Entradas anexadas aos autos, que, efetivamente, não constam os registros das notas fiscais arroladas na autuação.

Verifico, também, que assiste razão ao Auditor Fiscal designado para prestar informação fiscal sobre a manifestação do contribuinte, quando consigna que não foram encontrados quaisquer elementos que pudessem corroborar o argumento defensivo de que teria havido “*mero erro de digitação quanto ao número*” da nota fiscal.

Desta forma, as infrações 01 e 07 são subsistentes.

No respeitante às infrações 02 e 03, verifico que a alegação defensiva de que a exigência é indevida, em razão de se tratar de aquisição de bens desincorporados do ativo fixo com mais de um ano de uso, efetivamente, não restou comprovada.

Certamente, caberia ao impugnante apresentar a Fiscalização ou mesmo trazer aos autos, os elementos comprobatórios de sua alegação.

Nesse sentido, é que os artigos 142 e 143 do RPAF/BA, assim estabelecem, conforme se vê da transcrição abaixo dos referidos dispositivos:

“Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.”

Observe, contudo, que assiste razão ao impugnante quando alega que diversas notas fiscais referentes à sucata foram consideradas pelo autuante como sendo material de uso/consumo ou destinada ao ativo imobilizado.

Assim é que, coaduno com as correções e ajustes realizados pelo Auditor Fiscal informante, quando excluiu do levantamento os valores referentes às Notas Fiscais nºs 220, 12, 232, 244, 313, 316, 34, 35, 36,

480, 499, 103, o que resulta na redução do valor originalmente exigido na infração 02 de R\$ 13.420,36, para o valor de R\$ 1.554,42, e na infração 03 de R\$ 6.491,83, para R\$ 2.547,74, conforme demonstrativos de débitos elaborados pelo autuante.

No respeitante à infração 04, observo que diz respeito à falta de contabilização de entradas de mercadorias o que indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, tendo sido apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias.

Constato que o autuado apresentou elementos de provas que elidem substancialmente a autuação, tendo o Auditor Fiscal acatado corretamente as argumentações defensivas que restaram comprovadas e mantido o levantamento quanto à parte não comprovada.

Assim é que, observo que o Auditor Fiscal ao tratar da mercadoria Sucata UBC (Lata/Alumínio), no ano de 2004, acatou corretamente o argumento defensivo referente às Notas Fiscais nºs 194 e 254, considerando as quantidades de 2.410 kg e 1.420 kg. Também, acertadamente, não acatou a alegação defensiva referente à Nota Fiscal n. 28, haja vista que o autuado não comprovou o alegado. Com relação às Notas Fiscais nºs 18 e 501696, acatou de forma escorreita os argumentos defensivos, haja vista que, efetivamente, a Nota Fiscal nº 18 tem como quantidade correta 213,10, constando no levantamento levado a efeito pelo autuante 231,10. Já a Nota Fiscal nº 501696 tem a quantidade correta 1.110,00, constando no levantamento do autuante como 4.270,00.

No que tange à Nota Fiscal nº 31, que o autuado alega se referir a Perfil de Alumínio e não Sucata UBC(Lata/Alumínio), coaduno plenamente com o entendimento do Auditor Fiscal que não pode prosperar o argumento defensivo, pois as mercadorias descritas no referido documento fiscal são Sucata de Lata e Sucata de Alumínio, inexistindo qualquer menção a mercadoria Perfil de Alumínio, como suscitado pelo autuado.

Relevante o registro feito pelo preposto fiscal no sentido de que na cópia de fl. 353, consta a expressão “PERFIL DE ALUMÍNIO”, feito em momento posterior, tendo em vista que na cópia de fl. 356 não existe tal expressão.

Desta forma, após as correções e ajustes o levantamento quantitativo de estoques referente ao exercício de 2004, apresenta omissão de entradas no valor de R\$ 7.207,15, com ICMS devido no valor de R\$ 1.225,22.

Com relação ao exercício de 2005, constato que o Auditor Fiscal procedeu as correções e ajustes, acatando os argumentos defensivos que restaram comprovados, inclusive quanto à mercadoria Sucata UBC (LATA/ALUMÍNIO), quando em sua última manifestação o autuado suscitou a existência de equívocos atinentes às Notas Fiscais nºs 999.999 e 0089, restando constatada uma omissão de entradas no valor de R\$ 576,15, com ICMS devido no valor de R\$ 97,94.

Diante disto, a infração 04 é parcialmente subsistente, passando o ICMS originalmente apontado no Auto de Infração do valor de R\$ 30.261,18 para R\$ 1.323,16.

No que concerne à infração 05, observo que a exigência fiscal diz respeito à constatação mediante levantamento quantitativo de estoques de omissão de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, no caso, sucata de Perfil de Alumínio, cujas operações de saídas são amparadas pelo diferimento do imposto.

É certo que as operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de diferimento são operações tributadas, haja vista que nelas há a ocorrência do fato gerador, apenas ocorrendo postergação da exigência do imposto para um momento subsequente, tratando-se, indubitavelmente, de operações que não se equiparam a operações isentas ou não tributadas, conforme a acusação fiscal.

Assim sendo, no presente caso, caberia a exigência do imposto relativo às saídas omitidas, isto é, realizadas sem documentação fiscal, incorrendo em equívoco o autuante quando atribuiu ao contribuinte o descumprimento de obrigação acessória e impôs multa no valor de R\$ 50,00.

Desta forma, considerando que autuação foi efetuada em desacordo com as rotinas usuais da fiscalização, implicando desvirtuamento da natureza da imputação, e por implicar mudança do fulcro da imputação, é impossível dar prosseguimento à lide, em atendimento aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa esta infração é nula, conforme previsto no art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99.

Recomendo à autoridade fazendária competente que analise a possibilidade de repetição do procedimento fiscal, a salvo de equívocos, conforme manda o art. 21 do RPAF/99.

Com relação à infração 06, coaduno com o entendimento manifestado pelo Auditor Fiscal designado de que o valor exigido de R\$ 40,32, foi devidamente lançado no livro Registro de Apuração do ICMS e deduzido do montante do saldo credor do período, conforme comprovam os documentos acostados aos autos, razão pela qual descabe a exigência. Infração insubsistente.

Diante do exposto, as infrações 01 e 07, são integralmente subsistentes, as infrações 02, 03 e 04, parcialmente subsistentes, a infração 05 nula e a infração 06 insubsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206921.0007/09-3**, lavrado contra **ALERIS LATASA RECICLAGEM LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$5.425,32**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 4.102,16 e de 70% sobre R\$ 1.323,16, previstas no artigo 42, incisos II, “f”, e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$2.550,62**, previstas no art. 42, incisos IX, XI, do mesmo Diploma legal.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de dezembro de 2011.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR

ALEXANDRINA NATALIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA