

A. I. N° - 279757.0044/09-8
AUTUADO - SEMP TOSHIBA INFORMÁTICA LTDA.
AUTUANTE - EDUARDO ANDRADE MOREIRA TOSTA e AGILBERTO MARVILA FERREIRA
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 11.04.2012

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0053-02/12

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Foram acolhidas parcialmente as arguições do autuado. Reconhecido pelo sujeito passivo os ajustes efetuados pelo diligente. Infração parcialmente mentida 2. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. Foi confirmado que as mercadorias eram tributáveis. Infração mantida. 3. TRANSFERÊNCIAS DE MERCADORIAS PARA OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. PREÇO INFERIOR AO CUSTO DE AQUISIÇÃO. Comprovada a transferência em valor inferior ao fixado na Lei Complementar 87/96. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 23/12/2009, exige débito no valor histórico de R\$146.790,57, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01 - falta de recolhimento do ICMS, contatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entradas - com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos destas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício. ICMS no valor de R\$78.562,92. Multa de 70%;

Infração 02 – deixou de recolher o ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis regularmente escrituradas. ICMS no valor de R\$41.536,75, multa de 60%;

Infração 03 – efetuou saídas de produtos em transferência para estabelecimento situado em outra unidade federativa, pertencente ao mesmo titular com o preço inferior ao custo de produção. ICMS no valor de R\$ 26.690,90. Multa de 60%.

O sujeito passivo, às fls. 77 a 92 dos autos, apresenta defesa arguindo decadência do direito do Estado de Constituir o Crédito Tributário, relativas às ocorrências entre 01/01/2004 a 29/12/2004, nos termos do artigo 150, § 4º do Código Tributário Nacional.

Entende que nos tributos sujeitos à antecipação do valor devido, se no prazo de cinco anos a contar do fato gerador a Fazenda não homologar expressamente o procedimento do contribuinte, dá-se a homologação ficta, isto é, as informações fornecidas pelo contribuinte, bem como o pagamento, serão consideradas corretas, em virtude do silêncio Fazendário, apresentando decisões de Conselhos de Contribuintes, (Recurso nº 126827, 8^a Câmara, Processo nº 10280.005146/00-98).

Quanto à infração 01, argumenta que o autuante em nenhum momento, prévio à lavratura do presente Auto de Infração, concedeu a Impugnante a oportunidade de esclarecer as diferenças supostamente encontradas pela Fiscalização.

Afirma que com base na planilha “Auditoria de Estoques – Levantamento Quantitativo de Estoques – Omissão – Exercício Fechado – Entrada de mercadorias tributadas maior que a da

saída”, bem como “Demonstrativo de Cálculo das Omissões”, juntadas ao Auto de Infração, a Impugnante pretende demonstrar os erros incorridos pela Fiscalização na análise do controle de estoque do ano de 2004 e as respectivas justificativas (Doc. 03 – planilha resumo das operações e diferenças apontadas).

Além disso, ressalta que os códigos abaixo (apresentados no Auto de Infração) constam do arquivo magnético apresentado pela Impugnante. Todavia, no sistema interno da Impugnante estes códigos são configurados para um “código inteligente” o qual consta tanto das notas fiscais como dos registros nos respectivos livros fiscais.

Assim, a Impugnante faz juntar a anexa planilha (Doc. 04), contendo os códigos dos produtos autuados, bem como o respectivo código inteligente, pelo qual poderá se localizar a operação nas notas fiscais juntadas e respectivos Livros. Vejamos:

a) Código 905071, Nome do Produto: MIC Portátil Notebook

Conforme “Demonstrativo de Cálculo das Omissões” juntado ao Auto de Infração, foi apontado:

Estoque inicial: 1.015,00

Entradas: 173,00

Saídas com N.F.: 1.206,00

Estoque Final: 61,00

Omissão de Entradas: 79,00

A Impugnante, verificando seu livro de Inventário e Controle de entrada e saída de estoque, apurou:

Estoque inicial: 1.092

Entradas: 268

Saídas com N.F.: 1.298

Estoque Final: 62

Afirma que, inicialmente, verifica-se que o saldo de estoque inicial e final apontado pelo Autuante diverge daquele apurado pela Impugnante em seus registros, conforme atestam os documentos anexos (Doc. 05 e seguintes).

Em seguida, afirma que na relação juntada ao Auto “Levantamento Quantitativo das Entradas”, o autuante elenca as notas fiscais que relacionam os 173 itens supostamente considerados como “entradas”.

Das notas fiscais relacionadas como entradas no Auto de Infração, a Impugnante verificou que as Notas Fiscais nºs 317.957, 354.001 e 95.571 (contendo 1 item cada) – (Docs. 06, 07 e 08), não se tratam de entradas. Afirma que tais notas fiscais abarcam o retorno de mercadorias remetidas à demonstração, o que não gerou movimentação no estoque na medida em que não saiu da titularidade da Impugnante.

Assim, conclui existir uma diferença no controle das entradas registradas em 2004, as quais totalizam 170 itens (e não os 173 previstos no Auto de Infração).

Além disso, afirma que em seus registros, a Impugnante contabilizou a entrada de 98 itens referentes a notas fiscais canceladas NF nºs 95.946 e 105.583 (Docs. 09 e 10). Ou seja, itens que foram baixados do estoque quando da saída, mas que ao terem sua venda cancelada, retornaram a ingressar no estoque. Portanto, quanto às entradas, verifica-se que as mesmas totalizaram 268 itens (170 – compras + 98 vendas canceladas).

Quanto às saídas, afirma que o Fiscal apurou 1.206 saídas. Já a Impugnante tem registrado 1.298 saídas.

Tais diferenças, segundo o autuado, são decorrentes das Notas Fiscais nºs 82.423 e 82.424 (70 itens), emitidas em 2003 (Docs. 11 e 12). Ou seja, estes itens não podem ser considerados nas saídas de 2004, pois quando da emissão das Notas Fiscais ocorreu a baixa no estoque, em 2003.

Ainda, continua o autuado, o Fiscal considerou as saídas para demonstração (5 itens) como baixa no estoque, quando de fato, não se tratam de saídas efetivas, nas quais não há movimentação no estoque: Notas Fiscais nºs 92.546, 94.352, 103.069, 103.071, 105.143 (Docs. 13 a 17).

Por fim, complementa que a diferença nas saídas (167 itens) também se deu em razão do Fiscal não considerar as Notas Fiscais de venda abaixo relacionadas, em suas saídas:

- 105211, 085870, 089392, 103850, 106759, 106761, 000109, 000110, 000171, 106760, 106792 e 088696 (Docs. 18 a 29).

Como se vê, conclui, a diferença apontada está justamente no número de entradas e de saídas ocorridas no período que efetivamente geraram movimentação no estoque.

b) Código 445.911, Nome do Produto: Notebook Satélite PRO

Conforme "Demonstrativo de Cálculo das Omissões" juntado ao Auto de Infração, foi apontado:

Estoque inicial: 8,00

Entradas: 0,00

Saídas com N.F.: 1,00

Estoque Final: 8,00

Omissão de Entradas: 1,00

A Impugnante, afirma que, verificando seu Livro de Inventário e Controle de entrada e saída de estoque, apurou:

Estoque inicial: 4,00

Entradas: 0,00

Saídas com N.F.: 1,00

Estoque Final: 3,00

Entende que a diferença está justamente no estoque inicial e final. Para tanto, a Impugnante junta cópia dos registros de estoque no Livro Inventário, intencionando comprovar o estoque contabilizado (Doc. 30 e seguintes).

Ou seja, considera que as informações apresentadas pelo Fiscal são equivocadas e divergem dos registros apresentados pela Impugnante.

c) Código 905.064, Nome do Produto: MIC Portátil Notebook

Conforme "Demonstrativo de Cálculo das Omissões" juntado ao Auto de Infração, foi apontado:

Estoque inicial: 4,00

Entradas: 1,00

Saídas com N.F.: 4,00

Estoque Final: 3,00

Omissão de Entradas: 2,00

A Impugnante, afirma que verificando seu livro Registro de Inventário e Controle de entrada e saída de estoque, apurou:

Estoque inicial: 4,00

Entradas: 1,00

Saídas com N.F.: 4,00

Estoque Final: 1,00

Como se vê, conclui, a diferença está justamente no estoque final. Para tanto, a Impugnante junta cópia dos registros de estoque no livro Registro de Inventário, que comprova o estoque contabilizado (Doc. 31 e seguintes).

Ou seja, entende que as informações apresentadas pelo Fiscal são equivocadas e divergem dos registros apresentados pela Impugnante.

d) Código 905.069, Nome do Produto: MIC Portátil Notebook

Conforme "Demonstrativo de Cálculo das Omissões" juntado ao Auto de Infração, foi apontado:

Estoque inicial: 6,00

Entradas 2,00

Saídas com N.F.: 27,00

Estoque Final: 1,00

Omissão de Entradas: 20,00

A Impugnante assegura que verificando seu livro Registro de Inventário e Controle de entrada e saída de estoque, apurou:

Estoque inicial: 4,00

Entradas: 21,00

Saídas com N.F.: 24,00

Estoque Final: 1,00

Conclui que a diferença está nos registros de entradas e saídas, bem como no saldo de estoque inicial (6×4), conforme atesta cópia do livro fiscal anexa.

Com relação às saídas, aduz que o Fiscal apurou 27 itens, todavia, as Notas Fiscais nº 82.422 (2 itens) e 82.808 (1 item) foram emitidas em 31/12/03 (Docs. 32 e 33) e, portanto tiveram sua baixa no estoque no ano de 2003. Desta forma, tais itens devem ser desconsiderados do estoque de 2004.

Quanto à diferença existente nas entradas (2×21), verificamos que o Autuante não considerou como entrada 19 itens produzidos pela Impugnante, produto acabado, conforme atesta documento anexo (Doc. 34 e seguintes).

Argui que o Autuante não considerou a produção dos 19 itens como entrada no estoque, razão pela qual gerou a diferença apontada.

Portanto, não há que se falar em omissão de entradas como pretendeu a Fiscalização.

Quanto à infração 02, aduz que foi autuada por deixar de recolher o ICMS sobre operações que entende serem tributáveis. Para tanto, enquadrou a infração nos artigos 2º, 50, 111 inciso I e 124 do RICMS/BA, os quais, frise-se, não tratam da tributação sobre as saídas de sucatas de metais. Aduz que os dispositivos legais apresentados tratam tão somente da alíquota, base de cálculo e data de recolhimento do imposto. Considera que essa infração deve ser anulada.

Alude que à época em que foram emitidas as notas fiscais relacionadas no Anexo II – Baixa Estoque do Auto de Infração, a sucata decorrente da fabricação de equipamentos eletrônicos eram inutilizadas, ou seja, não havia qualquer circulação desta mercadoria. A Nota Fiscal era emitida em nome da própria empresa tão somente para evidenciar a baixa do estoque, a qual se dava sem a venda do produto (Docs. 35, 36, 37, 38). Portanto, em não se tratando de operação de venda da sucata, tampouco houve a circulação da mercadoria, que foi destruída pela própria Impugnante, não havia ICMS a recolher, devendo ser julgada improcedente a presente exigência. O próprio CFOP 5927 utilizado para estas operações descreve: "Lançamento a título de baixa de estoque por perda/roubo/deterioração".

Transcreve o disposto no artigo 509 do RICMS/BA:

Art. 509. É diferido o lançamento do ICMS incidente nas sucessivas saídas de lingotes e tarugos de metais não-ferrosos classificados nas posições 74.01, 74.02, 75.01, 76.01, 78.01, 79.01 e 80.01 da Tabela de Incidência do IPI, bem como nas sucessivas saídas de sucatas de metais, papel usado, aparas de papel, ossos, ferro-velho, garrafas vazias, cacos de vidro e fragmentos, retalhos ou resíduos de plásticos, de borracha, de tecidos e de outras mercadorias, com destino a estabelecimentos situados neste estado, para o momento em

que ocorrer a saída:

I - das mercadorias para outra unidade da Federação ou para o exterior;

II - das mercadorias com destino a consumidor ou usuário final; ou

III - dos produtos fabricados com essas matérias-primas.

§ 1º Considera-se sucata:

I - a mercadoria ou parcela desta que não se preste para a mesma finalidade para a qual foi produzida, sendo irrelevante que a mercadoria ou a parcela conserve a mesma natureza originária;

II - a mercadoria ou bem usados, quando destinados à utilização como matéria-prima ou material secundário por estabelecimento industrial.

§ 2º Não terão o tratamento previsto neste artigo as mercadorias ou bens que, embora comercializados por estabelecimentos sucateiros ou por catadores continuem sendo passíveis de utilização nos mesmos fins para os quais foram produzidos, tais como móveis, eletrodomésticos, veículos, partes, peças e acessórios de veículos ou de quaisquer bens, aos quais se aplicará o tratamento dispensado a mercadorias usadas.

§ 3º Nas saídas e nos recebimentos interestaduais dos produtos referidos no caput deste artigo, observar-se-á o seguinte:

I - o documento fiscal será acompanhado de uma das vias do documento de arrecadação estadual ou do certificado de crédito do ICMS, excluindo-se desta disciplina, quanto aos lingotes e tarugos ali discriminados, os produtores primários, assim considerados os que produzem metais a partir de minério, devidamente relacionados em ato normativo do Superintendente de Administração Tributária da Secretaria da Fazenda;

Alinha que as operações realizadas dentro do território baiano com sucata possuem diferimento do ICMS, que será devido na remessa para outro Estado ou para o exterior ou no momento da entrada no estabelecimento industrial. Ou seja, somente nas operações elencadas haverá o diferimento e o recolhimento posterior do imposto. Assim, considerando que as notas fiscais emitidas pela Impugnante tiveram o único objetivo de baixar o estoque, sem qualquer circulação da mercadoria para outro estabelecimento, não há que se falar em recolhimento do imposto.

Entende que o procedimento adotado pela Impugnante está correto, não sendo devido imposto sobre esta operação, devendo a infração ser julgada improcedente.

Quanto à infração 03 - “Efetuou saídas de produtos em transferência para estabelecimento situado em outra unidade da Federação, pertencente ao mesmo titular, com preço inferior ao custo de produção.”. Aduz que em sua planilha demonstrativa, o Fiscal apresenta as notas fiscais, bem como relaciona o preço de transferência x preço de custo e alíquota de 12%.

Argumenta que dispõe o Decreto nº 4.316/95 acerca do diferimento do pagamento do ICMS relativo ao recebimento do exterior, de componentes, partes e peças destinados à fabricação de produtos de informática, eletrônica e telecomunicações, por estabelecimentos comerciais desses setores. Reproduz dispositivo:

“Art. 1º - Ficam diferidos, o lançamento e o pagamento do ICMS relativo ao recebimento, do exterior, de:

(...)

III - produtos de informática, de telecomunicações, elétricos, eletrônicos e eletro-eletrônicos, por parte de estabelecimento industrial, a partir de 1º de março de 1998, mesmo que tenham similaridade com produtos por ele fabricados, observado o disposto no parágrafo 1º, e na alínea "b" do inciso I do parágrafo 3º deste artigo.

Ainda, artigo 7º do Decreto 4316/95, dispõe sobre a alíquota aplicável na saída de tais produtos:

“Art. 7º Nas operações de saídas internas de produtos acabados, recebidos do exterior com o diferimento regulado nos incisos II e III do “caput” do art. 1º, o estabelecimento que

os importar lançará a crédito o valor correspondente ao indicado nos incisos abaixo, de forma que a carga tributária incidente corresponda a um percentual efetivo de 3,5% (três inteiros e cinco décimos por cento), observada a disposição do parágrafo 1º do art. 1º."

Consigna que, conforme se verifica dos dispositivos acima, o Decreto nº 4316/95 trouxe a possibilidade de empreendimentos industriais se aproveitarem de benefícios fiscais relativamente ao ICMS devido nas importações, desde que preenchidos certos requisitos.

Dentre os produtos que fazem jus ao benefício do diferimento do ICMS, afirma que estão os produtos de informática e de eletro-eletrônico. Assim, complementa, quanto a esta infração, devem ser refeitos os valores considerados devidos, aplicando-se a alíquota de 3,5% prevista no artigo 7º do Decreto nº 4.316/95, a qual faz jus a Impugnante por ser beneficiária do tratamento ali previsto.

Por todo o exposto acima, requer a Impugnante:

(a) *com base no § 3º do artigo 123 e no artigo 145, ambos do Decreto Estadual nº 7.629/99 – RFAF, seja determinada a realização de diligência, principalmente quanto à Infração 1 contida no Auto de Infração, na medida em que restou claro pelos exemplos apresentados que a Fiscalização deixou de analisar documentos fiscais e livros de registros essenciais ao esclarecimento das operações de entrada e saída, limitando-se tão somente a verificar o registro de entradas e saídas contidos nos Arquivos Magnéticos, sem, contudo, analisar os próprios Códigos de Operação Fiscal (CFOP) que caracterizam a natureza de cada operação.*

A diligência se faz necessária para que se investigue a respeito do mérito da questão, e consiste na pesquisa, sindicância, exame, vistoria, levantamento, informação, cálculo ou qualquer outra providência que vise à elucidação da matéria suscitada.

A necessidade se dá pela impossibilidade de se comprovar caso a caso no presente recurso, face às operações e divergências apresentadas pela Fiscalização.

E, para que não reste qualquer dúvida, a Impugnante disponibilizará toda a documentação necessária para a conclusão de que o registro dos estoques, entradas e saídas estão corretos, não havendo qualquer omissão, sendo que, tal providência somente se dará com o exame de tais documentos, o que não foi realizado pelo Autuante durante à Fiscalização. (caso o tivesse, certamente não daria origem à presente autuação).

(b) *o recebimento e o conhecimento da presente Impugnação, com a consequente desconstituição do crédito tributário e o cancelamento do auto de infração, com o que se está fazendo JUSTIÇA.*

Protesta ainda, pela ulterior juntada de documentos necessários a comprovar a veracidade dos fatos.

Os autuantes, às fls.s 143 a 147, apresentam a informação fiscal combatendo a arguição de decadência transcrevendo o art. 965 do RICMS/BA, bem como o art. 173 do CTN, para concluir que não há o que se falar em decadência do Credito Tributário, à luz do que depõe a Legislação Tributária do Estado da Bahia.

Quanto à arguição de falta de informação que motivou o auto de infração, questiona: "*quais seriam essas informações que prejudicaram o levantamento quantitativo?*"

Aduz que as notas fiscais de entradas e saídas que amparam o levantamento estão relacionadas nos demonstrativos de fls. 13 e 20, escrituradas nos livros fiscais. Os saldos de inventário foram extraídos do Livro de Inventário, fls. 35 a 47, e o Mapa de Produção, em substituição ao livro Registro e Controle da Produção e do Estoque, fls. 48 a 71.

Com relação aos ditos "códigos inteligentes", afirma que foram observados sim, pois toda atenção foi dada no levantamento quantitativo às movimentações de produtos com códigos diferentes e mesma descrição. Dessa forma, foram concatenados em um único. Entende descabida a arguição.

Afirma quanto às alegações de que não foram consideradas as entradas de notas fiscais em retorno, às remessas para demonstração é procedente parcialmente. Aduz que, no entanto, discorda quanto à alegação de que não há movimentação de estoque por não haver troca de titularidade. Salienta que o levantamento é quantitativo e não qualitativo.

Alinha que, de toda a sorte, o que o autuado não observou é que também foram consideradas no levantamento quantitativo as referidas saídas em demonstração (CFOPP 6912).

Destaca que, as fls 106 e 107 dos autos, foram anexadas pelo autuado, onde a mesma pretende chamar de saldo de inventário, sem todavia informar qual o exercício e qual livro. São folhas avulsas. Observa que são diferentes fls. 106 e 107, das escrituradas e apresentadas à fiscalização do livro de Registro de Inventário (fls. 45 e 46). Apesar disso o autuante acata o argumento defensivo e exclui as entradas e saídas para demonstração CFOP 2912, 2913 36912 e consigna que não há CFOP 6913). Assegura que, no que se refere às notas fiscais ditas canceladas, números 95.946 e 105.583, não foram consideradas no levantamento inicial, e também, neste retificado.

Quanto à alegação de inclusão de notas fiscais emitidas em dezembro de 2004, cujas saídas só ocorreram em janeiro de 2005, informa que ocorreu referidas notas fiscais não registradas nos livros fiscais do exercício de 2004. Conclui que foram registradas em 2005 e, naquele exercício, ocorreu à saída das mercadorias do estoque. Entende que, afinal, a autuada fez levantamento quantitativo do seu estoque em 31/12/2004 e registrou no livro de inventário as quantidades ali apuradas. Quantidades físicas e reais.

Consigna que, caso houvesse mercadorias que foram inventariadas em seu estoque pertencente a terceiros, este fato deveria estar destacado na escrituração do livro de Registro de Inventário.

Complementa que, processadas as retificações, exclusões dos CFOPS de saídas e retornos para demonstração, passa a ter o seguinte demonstrativo de débito a inífräo 01: Ocorrência de 31/12/2004, data de vencimento em 31/12/2004, B. Calculo R\$454.668,80, ali. 17%, multa de 70%, valor historio de R\$ 77.293,70.

Argumenta que a alegação defensiva, quanto à infäção 02, é confissão do consentimento da infäção, na medida em que o autuado afirma que “*a época em que forma emitidas as notas fiscais relacionadas no Anexo II – Baixa de Estoque do Auto de Infäção, a sucata decorrente da fabricação de equipamentos eletrônicos era inutilizada, ou seja, não havia qualquer circulação desta mercadoria.*

A nota fiscal era emitida em nome da própria empresa tão somente para evidencia a baixa do estoque, a qual se dava sem venda do produto (Docs 35, 36, 37, 38)”

Afirma o autuante, descaber comentários adicionais.

Quanto à infäção 03, alude que o autuado recorre ao benefício que alcança suas saídas à tributação de 3,5% e não 12%, exigido no Auto de Infäção. Entende o autuante que é no sentido de que a alíquota beneficia as importações, com diferimento do ICMS , de componentes, partes e peças destinados a fabricação no Estado de produtos de informática, eletrônica e telecomunicação.

Aduz que, no caso em tela, foi uma simples operação de importação e transferência para revenda por outro estabelecimento do mesmo titular. Entende que notadamente tal operação não estaria aparada pelo benefício, nem haveria motivo pata tal.

Pede pela procedêcia em parte do Auto de Infäção.

O autuado, às fls. 162 a 170 dos autos, volta a se manifestar, ratificando, preliminarmente, sua arguição de decadêcia com a apresentação de decisões dos tribunais.

Afirma, na análise do mérito, que a presente fiscalização teve início em 28/08/2009, quando foram solicitados diversos documentos e Livros Fiscais (Inventário, saídas, entradas, etc). Após a apresentação dos documentos solicitados, os Fiscais enviaram à Autuada em 28/12/2009 planilha contendo as diferenças apontadas, para análise e esclarecimentos (vide e-mails anexos trocados), todavia, em 30/12/2009 foi lavrado o Auto de Infäção sem que fossem prestados os devidos

esclarecimentos ou sanadas dúvidas pela Autuada acerca das diferenças apontadas pela Fiscalização, de modo que poder-se-ia ter evitado a lavratura do presente.

Entende que as informações de fls. 246/264 serviram, apenas, para ratificar a inidoneidade da autuação, pois não só omitem pontos alegados na defesa, como confundem mais do que esclarecem, em evidente desconformidade com o art. 127, §6º, do RPAF.

Pede diligência considerando que não houve a análise das operações e documentos da Autuada por parte da Fiscalização, a qual baseou-se exclusivamente nas informações contidas nos Arquivos Magnéticos e presumiu outras pelos Livros Fiscais, foi requerida na Impugnação a realização de DILIGÊNCIA, a fim de apurar que não houve qualquer omissão nas entradas e saídas ocorridas no ano de 2004. não se baseou na análise dos documentos disponibilizados pela autuada, mas em suposições que sequer a Autuada conseguiu compreender.

Considera necessária a diligência, pois não há possibilidade de o contribuinte juntar aos autos todos os documentos fiscais relacionados com a autuação em razão da enorme quantidade de notas fiscais (alguns milhares de cópias), como se pode verificar das planilhas em anexas.

Quanto aos pontos explicitamente abordados pelos Fiscais, apresenta os seguintes esclarecimentos: quanto à infração 01, afirma que demonstrou uma a uma as operações objeto de autuação, esclarecendo que, o equívoco ao apontar diferenças nas entradas e nas saídas se deu justamente por “falta de informações por parte da Fiscalização” relativas à natureza das operações: retorno de mercadorias remetidas à demonstração, vendas canceladas, cuja mercadoria retornou ao estoque, notas fiscais emitidas em 2003, com baixa de estoque em 2003, saídas para demonstração que não baixaram do estoque, falta de reconhecimento de notas fiscais de venda.

Em decorrência, relata que os Fiscais apresentaram manifestação no seguinte sentido:

- (i) *Procede em parte o argumento da Autuada de que as notas fiscais nº's 317.957, 354.001 e 95.571 não são entradas e sim retorno de demonstração, mas discordam de que não há movimentação do estoque, sendo que o levantamento é quantitativo e não qualitativo.*
- (ii) *Foram consideradas no levantamento quantitativo as saídas em demonstração.*
- (iii) *As fls. 106 e 107 do Livro de Inventário, não apresentam o exercício e qual o livro, além de serem diferentes das apresentadas à Fiscalização (fls. 45 e 46).*
- (iv) *Quanto à alegação de inclusão de notas fiscais emitidas em dezembro de 2004, cujas saídas só ocorreram em janeiro de 2005, tais notas fiscais não foram registradas nos Livros Fiscais no Exercício de 2004. Foram registradas em 2005 e naquele exercício ocorreu a saída das mercadorias do estoque.*

Quanto aos itens (i) e (ii), alinha que os Fiscais acataram o argumento defensivo da Autuada e excluíram as entradas e saídas para demonstração. Quanto ao item (iii) acima, a Autuada esclarece que as pág. 106 e 107 (Doc. 5 da Defesa) foram juntadas a fim de provar que o saldo que o Auditor Fiscal apresentou para compor as movimentações do estoque são diferentes daquelas constantes do livro Registro de Inventário do ano de 2004 (ano autuado, por óbvio), pgs. 57 e 58 do Livro (conforme consta da própria cópia existente nos autos).

Afirma que as mencionadas fls. 45 e 46 (fls. do livro Registro de Inventário), juntadas pela Fiscalização (e alegadas em sua manifestação) não estão relacionadas com os itens autuados. Frisa que a Autuada, quando fiscalizada, disponibilizou aos Auditores a integralidade do livro de Registro de Inventário e a juntada de tais fls. 45 e 46 do livro Registro de Inventário mencionadas pelos Fiscais foi feita pelos mesmos de forma aleatória, não havendo o que se contestar a esse respeito, mas apenas ressaltar que as fls. 106 e 107 foram juntadas pela Autuada a fim de demonstrar o saldo inicial e final para determinadas mercadorias.

Por fim, complementa o autuado, quanto ao item (iv) acima, a Autuada nada tem a acrescentar na medida em que não se verificou tal situação no Auto de Infração lavrado. A situação ocorrida e

demonstrada foram as Notas Fiscais 82.423 e 82.424 (conforme defesa) emitidas em 2003, momento em que ocorreu a baixa no estoque.

Assim, considera que os Fiscais, sem maiores esclarecimentos ou análise dos documentos juntados pela Autuada e relacionados em sua defesa, mantiveram quase a totalidade do valor da infração, requer a Autuada a juntada das planilhas anexas, as quais demonstram a veracidade e idoneidade das operações de entrada e saídas realizadas no ano de 2004, em confronto com seu registro de estoque inicial e final.

- 1) *Planilha 1: Comparativo entre os valores apresentados pelos Fiscais e aqueles contabilizados pela Autuada, demonstrando o estoque x compra x venda e estoque final.*
- 2) *Planilha 2: "Transformação"*
- 3) *Planilha 3: "Produção"*
- 4) *Planilha 4: "Vendas" – relaciona todas as NF's de venda, nº de série, datas, CNPJ do cliente.*
- 5) *Planilha 5: "Devolução de Vendas"*
- 6) *Planilha 6: "Outras saídas c/ NF"*

Quanto à infração 02, baixa de estoque, afirma que foi enquadrada nesta infração por falta de recolhimento do ICMS em operações supostamente tributáveis. Trata-se de saídas de sucata, acobertadas por notas fiscais de baixa e baixadas do estoque, posto que tais mercadorias sucata foram inutilizadas.

Alinha que os autuantes, ao se manifestarem, limitaram-se a alegar que a Autuada fez “confissão expressa do cometimento da transgressão”, citando trecho de sua Defesa, no qual a Autuada esclarece o procedimento por ela adotado.

Assim, conclui que nada mais resta do que reiterar os termos de sua defesa, no sentido de ser (i) nula a infração por ausência de subsunção do fato à norma e (ii) improcedente a infração, na medida em que não houve a circulação da mercadoria e as notas fiscais emitidas tiveram o objetivo de baixar o estoque, não havendo incidência de ICMS em tais operações.

Quanto à infração 03, alude que foi apurado pela Fiscalização diferenças entre o custo de produção e os preços praticados na transferência de mercadoria para estabelecimento em outra Unidade da Federação. Para tanto, foi aplicada a alíquota de 12% de ICMS sobre tais diferenças.

Repete que dispõe o Decreto nº 4.316/95 acerca do deferimento do pagamento do ICMS relativo ao recebimento do exterior, de componentes, partes e peças destinados à fabricação de produtos de informática, eletrônica e telecomunicações, por estabelecimentos comerciais desses setores. Vejamos:

“Art. 1º - Ficam diferidos, o lançamento e o pagamento do ICMS relativo ao recebimento, do exterior, de:

(...)

III - produtos de informática, de telecomunicações, elétricos, eletrônicos e eletro-eletrônicos, por parte de estabelecimento industrial, a partir de 1º de março de 1998, mesmo que tenham similaridade com produtos por ele fabricados, observado o disposto no parágrafo 1º, e na alínea "b" do inciso I do parágrafo 3º deste artigo.

Parágrafo 1º - Para usufruir do benefício de que tratam os incisos II e III do "caput" deste artigo o contribuinte, devidamente habilitado para operar no referido regime na conformidade do art. 344 e seguintes do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 6284/97, deverá:

I - renovar anualmente a habilitação concedida pela Secretaria da Fazenda;

II - comprovar que o faturamento total das vendas de produtos fabricados na unidade industrial equívale, no mínimo, aos seguintes percentuais do valor total do faturamento anual:

- a) 25% (vinte e cinco por cento) no primeiro ano de produção;
 - b) 33% (trinta e três por cento) no segundo ano de produção;
 - c) 40% (quarenta por cento) no terceiro ano de produção;
 - d) 50% (cinquenta por cento) a partir do quarto ano de produção
- (...)

Parágrafo 3º - Poderão ser instalados, com o benefício decorrente deste Decreto, projetos industriais localizados:

I - em qualquer município integrante da Região Metropolitana do Salvador, desde que:

a) REVOGADO.

b) o valor do investimento total seja equivalente a, no mínimo, R\$100.000.000,00 (cem milhões de reais);"

"Art. 2º - Nas operações de saída dos produtos resultantes da industrialização, o estabelecimento industrial lançará a crédito o valor do imposto destacado, quando naqueles produtos forem aplicados os componentes, partes e peças recebidos com o tratamento previsto no "caput" do art. 1º."

"Art. 5º - Os Secretários da Fazenda e da Indústria, Comércio e Mineração, no âmbito de suas respectivas competências, estabelecerão conjunta ou isoladamente:

I - as condições necessárias à utilização do benefício;

II - a relação dos produtos, componentes, partes e peças alcançados pelo benefício.

III - a forma e condições de habilitação para os estabelecimentos industriais e/ou comerciais que pretendam adotar o tratamento tributário definido neste Decreto."

"Art. 7º Nas operações de saídas internas de produtos acabados, recebidos do exterior com o diferimento regulado nos incisos II e III do "caput" do art. 1º, o estabelecimento que os importar lançará a crédito o valor correspondente ao indicado nos incisos abaixo, de forma que a carga tributária incidente corresponda a um percentual efetivo de 3,5% (três inteiros e cinco décimos por cento), observada a disposição do parágrafo 1º do art. 1º:"

Conclui que se extrai dos dispositivos acima, que o Decreto nº 4316/95 trouxe a possibilidade de empreendimentos industriais se aproveitarem de benefícios fiscais relativamente ao ICMS devido nas importações, desde que preenchidos certos requisitos. Dentre os produtos que fazem jus ao benefício do diferimento do ICMS estão os produtos de informática e de eletro-eletrônico, tanto é que a Autuada obteve junto à Fazenda do Estado da Bahia, Regime Especial de ICMS pelo qual faz jus ao direito de utilizar como crédito fiscal o valor do imposto anteriormente cobrado, relativo às aquisições de mercadorias e insumos em cada período de apuração.

No caso dos produtos industrializados, como pretendeu alegar os Fiscais, estes saem com isenção do ICMS (e não alíquota de 3,5%).

Assim, conclui que nada mais absurdo do que se pretender contrariar a Lei e os próprios Órgãos reguladores, na medida em que a mesma prevê a alíquota de 3,5% de ICMS para as saídas de produtos acabados, importados com diferimento, como é o caso presente.

Reitera seu pedido de improcedência do lançamento efetuado, devendo ser desconstituindo o crédito tributário e cancelado o auto de infração.

A 2ª JJF, em pauta suplementar, deliberou que o processo fosse encaminhado à INFEP INDÚSTRIA, para o autuante ou outro a ser designado: "*1 - em relação à infração 01, intimar o autuado a apresentar os livros e documentos fiscais para, uma vez confirmada a necessidade, efetuar o cálculo da proporcionalidade (percentual) entre as mercadorias sujeitas a tributação e as com a fase de tributação encerrada ou simplesmente não sujeitas a tributação, tendo em vista o que dispõe a Instrução normativa Nº 56 /2007, publicada no Diário Oficial de 21/09/2007; 2 - apresentar nova informação fiscal abordando os pontos levantados em nova manifestação defensiva, às fls. 162 a 170, observando, em especial, os itens indicados nas considerações acima*

aludidas.3 – apresentar, se necessário, novas planilhas e demonstrativo de débito do Auto de Infração.”

O auditor Fiscal estranho ao feito, às fls. 191 a 195, atende a diligência afirmado que realizou novo levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, cujos demonstrativos analíticos encontram-se anexos, para revisão dos valores apontados na Infração 01.

Assegura que o valor apurado da base de cálculo da omissão de entrada foi de R\$104.524,00. Diferente, portanto, do valor de R\$ 462.134,80, apurado pelos Autuantes.

Consigna que as operações, suportadas por documentos fiscais, são diferentes, também, das apontadas pelo Contribuinte (fls. 84 a 88). Ressalta que o Contribuinte informa tais valores de movimentação (operações de entradas e saídas), que entende divergente, sem relacionar os referidos documentos fiscais de registro. Todavia, na ação revisional foi processada e verifica toda a documentação referente ao exercício de 2004, conforme demonstrativos anexos.

Aduz que o mesmo se aplica aos valores capturados no livro de Registro de Inventário (fls. 35 a 47), ou seja, a revisão foi realizada exclusivamente com base nos documentos registrados nos livros fiscais de Registro de Entradas, Registro de Saídas e Registro de Apuração do ICMS, como também escriturados no livro de Registro de Inventário.

Assegura que, como consequência o ICMS apurado no demonstrativo de AUDITORIA DE ESTOQUES (anexo ao relatório) reduz de R\$77.293,70 para R\$17.769,08, o crédito tributário a título de omissão de entradas de mercadorias tributáveis, valor exigido na Infração 01.

Aduz que a verificação das Notas Fiscais e mercadorias que embasam a Infração 02, descritas no demonstrativo de fls. 27 a 33, foi no sentido de confirmar o enquadramento das operações como mercadorias tributadas ou não tributadas. Restou confirmado que as operações serviram para baixa do estoque mercadorias, ao que tudo indica, pelas e componentes inservíveis para utilização no processo produtivo ou comercialização (vide cópias das Notas Fiscais anexadas ao Processo Administrativo Fiscal, fls. 137 a 140). Tais mercadorias não são beneficiadas pela isenção, substituição tributária ou não incidência do ICMS, à luz do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97. Logo, não há que se falar em proporcionalidade quanto à base de cálculo do imposto exigido.

Em se tratando da Infração 03 afirma que o contribuinte requer a redução da alíquota aplicada na saída interestadual (de 12%), entendendo que tal operação é acolhida pelo benefício do Decreto nº 4316/95, que lhe autoriza a carga tributária de 3,5%. Opina que o incentivo fiscal, previsto naquele Diploma Legal, não alcança operações de transferências de mercadorias para estabelecimento do Contribuinte em outra Unidade da Federação, mas tão somente suas saídas decorrentes de vendas de produtos acabados.

Ademais, complementa, as transferências são realizadas com preço de custo cuja base de cálculo é inferior à de vendas. Tanto assim que foi objeto da autuação.

O autuado, às fls. 226 a 234 dos autos, apresenta manifestação afirmando que abaixo assinado, em virtude da intimação recebida na data de 14/11/12, que oferece a ciência da conclusão de diligência de fls. 185 à 187 e fls. 191 à 209, e o prazo de 30 dias para a defesa, apresentar impugnação administrativa nos termos a seguir.

Alinha que a Auditora Fiscal, conforme está discorrido em fls. 193 dos autos em diligência constatou que o valor apurado na base de cálculo da omissão da entrada foi de R\$104.524,00, diferente do valor apurado no AIIM de R\$462.134,80. Verifica-se ainda que de acordo com o estabelecido no art. 42, da Lei 7.014/96, foi aplicada a multa e 70% sobre a base de cálculo.

Portanto, ante a redução da base de cálculo do auto de infração considera necessário que a multa aplicada seja recalculada sobre o valor de R\$104.524,00.

No mérito, quanto à infração 01, afirma que agiu corretamente a Agente Fiscal em diligência realizada para apurar os valores devidos a título de ICMS, tal procedimento resultou na redução dos valores lançados e comprova a boa-fé do Autuado e que tinha razão em suas alegações iniciais.

Afirma que, ante a conclusão da Agente Fiscal que reduziu o valor da infração do item 1, se faz necessário que haja a redução proporcional do montante da multa sancionatória de 70%.

Quanto à infração 02, baixa de estoque, afirma que foi enquadrada por falta de recolhimento do ICMS em operações supostamente tributáveis. Trata-se de operação de baixa de estoque devido por perda, roubo ou deterioração de produtos que seriam destinados à produção.

Aduz que para a aplicação da multa o agente fiscal se baseou no artigo 2º, 50, inciso I do artigo 111 e inciso I do artigo 124 do RICMS. Contudo afirma que ao ler os artigos citados é notório concluir que não está caracterizada regra matriz de incidência do ICMS sobre a baixa de estoque em virtude de perda, roubo ou deterioração de produto que seriam destinados a produção. (CFOP 5927).

Reproduz a redação dos artigos:

Art. 2º Nas operações internas, interestaduais e de importação, considera-se ocorrido o fato gerador do ICMS no momento:

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, inclusive em caso de transferência, assim entendida a remessa de mercadoria de um estabelecimento para outro do mesmo titular.

Art. 5º As alíquotas do ICMS são as seguintes:

I - 17%, exceto nas hipóteses de que cuida o artigo subsequente:

a) nas operações e prestações internas, em que os remetentes ou prestadores e os destinatários das mercadorias, bens ou serviços estejam situados neste Estado.

Art. 111. Constitui débito fiscal, para efeito de cálculo do imposto a recolher:

I - o valor resultante da aplicação da alíquota cabível à base de cálculo prevista para a operação ou prestação tributada, obtendo-se o valor a ser lançado na escrita fiscal do contribuinte.

Art. 124. O recolhimento do ICMS será feito (art. 980):

I - até o dia 9 do mês subsequente ao da ocorrência dos fatos geradores:

Entende que ao aplicarmos as regras discorridas nos artigos acima ao fato em questão, é imprescindível tecer o raciocínio de que não houve a circulação de mercadoria, que a operação fiscal em questão foi uma baixa de estoque. Logo, é (i) nula a infração por ausência de subsunção do fato à norma e (ii) improcedente a infração, na medida em que não houve a circulação da mercadoria e as notas fiscais emitidas tiveram o objetivo de baixar o estoque, não havendo incidência de ICMS em tais operações.

Aduz que, inclusive nesta operação, se o imposto foi pago antecipadamente o RICMS/BA no parágrafo 5º do artigo 356, permite que o contribuinte que utilize como crédito fiscal o valor do imposto pago antecipadamente. Cito:

Art.356.

§ 5º Na hipótese de perda, extravio, desaparecimento, inutilização, sinistro ou quebra anormal de mercadorias recebidas com ICMS pago por antecipação, quando devidamente comprovadas tais ocorrências, sendo impossível a revenda das mercadorias, o contribuinte poderá utilizar como crédito fiscal o valor do imposto pago antecipadamente, vedado, contudo, o crédito relativo ao ICMS da operação normal, devendo a Nota Fiscal a ser emitida para esse fim especificar, resumidamente, além dos demais elementos exigidos, as quantidades e espécies de mercadorias, seu valor e o imposto recuperado, e conter observação acerca do motivo determinante desse procedimento."

Afirma que esta Secretaria da Fazenda ofereceu o parecer favorável ao assunto, conforme colacionado na ementa abaixo.

ICMS. Devolução de mercadorias enquadradas na substituição tributária, conforme o Art. 368, incisos I, II e IV do RICMS-BA. Na baixa de estoque por perda há o crédito fiscal relativo ao valor

do imposto pago antecipadamente, conforme Art. 356 §5º do Regulamento do ICMS da Bahia.
PARECER Nº 10562/2009 DATA: 25/06/2009.

Consigna que, ao aplicar uma analogia simples do parecer ao caso concreto, é notório concluir que se esta operação de baixa de estoque gera crédito ao contribuinte, nunca poderá ser requerido que se faça incidir o ICMS. Desta feita, requer que os referidos lançamentos foram fundamentados em letra de lei divergente do fato, ou sem norma que estabeleça a incidência do ICMS sobre a baixa de estoque sejam declarados nulos e cancelados. E ainda que fosse autorizada tal incidência esta deve ser realizado nos moldes do artigo 7º do Decreto nº 4.316/95.

"Art. 7º Nas operações de saídas internas de produtos acabados, recebidos do exterior com o diferimento regulado nos incisos II e III do "caput" do art. 1º, o estabelecimento que os importar lançará a crédito o valor correspondente ao indicado nos incisos abaixo, de forma que a carga tributária incidente corresponda a um percentual efetivo de 3,5% (três inteiros e cinco décimos por cento), observada a disposição do parágrafo 1º do art. 1º:"

Desta feita, conclui que, caso os lançamentos não sejam considerados nulos, requer que estes sejam realizados nos moldes do art. 7º do Decreto nº 4.316/95.

Quanto à infração 03, reproduz o entendimento do diligente:

"Nosso optativo é que o incentivo fiscal, previsto naquele Diploma Legal, não alcança operações de transferências de mercadorias para estabelecimento do Contribuinte em outra Unidade da Federação, mas tão somente suas saídas decorrentes de vendas de produtos acabados"

Repete os argumentos acerca do diferimento do pagamento do ICMS relativo ao recebimento do exterior, de componentes, partes e peças destinados à fabricação de produtos de informática, eletrônica e telecomunicações, por estabelecimentos comerciais desses setores.

Afirma que dentre os produtos que fazem jus ao benefício do diferimento do ICMS estão os produtos de informática e de eletro-eletrônico, para verificar a verdade dos fatos basta ver o anexo I do auto de infração, neste está discorrido os bens, cito: placa MCU, processador Pentium, processador Celeron, placa de fonte DC, unidade digital de processamento, etc.

Assegura ter obtido, junto à Fazenda do Estado da Bahia, Regime Especial de ICMS pelo qual faz jus ao direito de utilizar como crédito fiscal o valor do imposto anteriormente cobrado, relativo às aquisições de mercadorias e insumos em cada período de apuração.

Argumenta que a questão é relevante devido ao fato do agente fiscal considerar que os lançamentos ocorreram abaixo do custo, assim sendo, este realizou o cálculo do valor médio e fez incidir a alíquota de ICMS de 12%.

Entende que a alíquota foi aplicada de forma equivocada, a alíquota correta deveria ser de 3,5%.

Por fim, afirma que as mercadorias foram adquiridas ou recebidas de terceiros para industrialização, comercialização ou utilização na prestação de serviço e que não foram objeto de qualquer processo industrial no estabelecimento. Verifica-se ainda que foram transferidas para outro estabelecimento da mesma empresa.

Consigna que, amparado na narrativa acima, de acordo com a Súmula 166 do STJ, não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.

Requer:

Infração 1. Redução da multa aplicada de maneira proporcional ao novo valor apurado.

Infração 2. Não incidência do ICMS sobre a baixa de estoque em virtude de perda, roubo ou deterioração, devido a falta de norma de incidência. Caso não, que a incidência seja realizada nos moldes do art. 7º do Decreto nº 4316/95.

Infração 3. Seja afastada a incidência do ICMS em virtude da Súmula 166 do STJ. Caso não, que seja aplicada a alíquota de 3,5% estipulada no art. 7º do Decreto nº 4316/95."

VOTO

O lançamento de ofício, ora impugnado, traz a exigência de 03 infrações, devidamente já relatadas, por descumprimento de obrigações principais.

Ficam, preliminarmente, rejeitadas as nulidades argüidas pelo autuado, uma vez que a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável. Quanto à insurgência do autuado em relação enquadramento da infração 02, no que tange ao art. 2º o autuante indica a ocorrência dos fatos geradores, apontando que ocorreria operação de circulação de mercadoria tributada como se fosse não tributada, no art. 50 indica a alíquota aplicável, já que houve fato gerador e indicou a base de cálculo, o art. 111, para consignar que não houve o correspondente débito fiscal e no art. 124 que indica o momento da satisfação da exigência tributária que não fora atendida. O cerne dessa questão é que o sujeito passivo efetuou operação relativa à circulação de mercadoria sem tributação, como mercadorias tributáveis. O fato de ter sido através de baixa não modifica o enquadramento só acrescenta o disposto no art. 125, VI do RICMS/BA. Fato que em nenhum momento impediu ou mesmo mitigou o direito de ampla defesa ou do contraditório, não interferindo no perfeito entendimento da exigência imputada, conforme se depreende das argumentações trazidas na impugnação. No que concerne ao aspecto formal, observo que o PAF está revestido de todas as formalidades legais. Não havendo, dessa forma, violação aos princípios da legalidade ou da motivação.

No que alude ao pedido de diligência, foi atendido, por esse órgão fracionário do CONSEF e devidamente realizada pelo Auditor Fiscal estranho ao feito, resultando nos esclarecimentos especialmente os meritórios e demais dúvidas suscitadas no aludido pedido, de tal forma que os elementos existentes no processo restaram suficientes para a formação do convencimento dos julgadores.

O impugnante, albergado no que dita o §4º do art. 150 da CTN, argumenta que a ciência obtida, acerca da autuação, deu-se em dezembro de 2009, assim, os fatos geradores, relativas às exigências tributárias concernentes aos períodos entre 01/01/2004 a 29/12/2004, estariam atingidos pela decadência. Essa questão é deveras remansosa nesse Contencioso Administrativo, alvo de inúmeros acórdãos, em que reiteradamente é majoritariamente decidida sob o mesmo enfoque hermenêutico a exemplo dos Acórdãos CJF nºs 0113/12-05, 0102/12-05, 0004-11/06 e 0009-12/08.

O Código Tributário Nacional permitiu que, através de lei, o ente federativo respectivo possa estipular uma outra contagem de prazo para aplicação dos efeitos decadenciais, conforme alinhado no § 4º do art. 150.

A legislação do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento e, por isso, não é acatada a alegação referente à determinação do art. 150, § 4º, do CTN, que prevê: "se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador".

O disposto no art. 107-A, I do COTEB, instituído pela Lei nº 3.956/81, que em sua essência transcreve o art. 173, I do CTN, estabelece como prazo de decadência 5 anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Assim, os fatos geradores ocorridos no exercício de 2004 só seriam atingidos pela decadência a partir de primeiro de janeiro de 2010 e as medidas preparatórias para o lançamento, bem como a ciência do Auto de Infração ocorreram ainda no exercício de 2009, não havendo, portanto, a extinção do direito da fazenda pública de exigir o crédito tributário, relativo aos fatos geradores do exercício de 2004.

Quanto ao mérito da infração 01, no que diz respeito à afirmação do autuado de que não teve oportunidade de contestar os levantamentos antes da autuação, relata o autuante, não contestado pelo impugnante, que a presente fiscalização teve início em 28/08/2009, quando foram solicitados diversos documentos e Livros Fiscais (Inventário, saídas, entradas, etc). Após a apresentação dos documentos solicitados, os Fiscais enviaram à Autuada em 28/12/2009 planilha contendo as diferenças apontadas, para análise e esclarecimentos (vide e-mails anexos trocados). Todavia, em 30/12/2009 foi lavrado o Auto de Infração sem que fossem prestados os devidos esclarecimentos

ou sanadas dúvidas pela Autuada acerca das diferenças apontadas pela Fiscalização, de modo que poder-se-ia ter evitado a lavratura do presente.

O autuado, em sua defesa, constantes dos autos, apresenta planilha apontando erros nas entradas, saídas e estoques, no levantamento quantitativo por espécie de mercadorias efetuado pelo autuante, apresentando cópias dos livros Registro de Entradas e indicando as notas fiscais.

O autuante, em sua informação fiscal, rebate as arguições do impugnante e processa apenas as retificações relativas às exclusões dos CFOPS de saídas e retornos para demonstração, passando a ter o seguinte demonstrativo de débito da infração 01: Ocorrência de 31/12/2004, data de vencimento em 31/12/2004, B. Calculo R\$ 454.668,80, ali. 17%, multa de 70%, valor historio de R\$77.293,70.

O autuado volta a se manifestar e insiste em suas arguições, aduzindo que o autuante não contestou todos os pontos da impugnação. Requer a juntada das planilhas anexas, em relação às quais entende demonstram a veracidade e idoneidade das operações de entrada e saídas realizadas no ano de 2004, em confronto com seu registro de estoque inicial e final.

A 2^a JJF, diante da arguição do autuado e de divergentes posições relativas ao levantamento em questão, requer diligência a Infração de Origem, já devidamente relatada, para dirimir as controvertidas questões, quanto a mérito da infração 01, bem como em relação às infrações 02 e 03.

O Auditor estranho ao feito, designado para responder ao pedido de diligência, consigna que as operações, suportadas por documentos fiscais, são diferentes, também, das apontadas pelo contribuinte (fls. 84 a 88). Ressalta que o Contribuinte informa tais valores de movimentação (operações de entradas e saídas), que entende divergente, sem relacionar os referidos documentos fiscais de registro. Todavia, na ação revisional foi processada e verifica toda a documentação referente ao exercício de 2004, conforme demonstrativos anexos.

O diligente aplica aos valores capturados no livro de Registro de Inventário (fls. 35 a 47), ou seja, a revisão foi realizada exclusivamente com base nos documentos registrados nos livros fiscais de Registro de Entradas, Registro de Saídas e Registro de Apuração do ICMS, como também escriturados no livro de Registro de Inventário.

Conclui o diligente, em sua informação, com o acolhimento do próprio impugnante e desse relator, que, após os ajustes efetuados no levantamento quantitativo, anexados aos autos, o valor apurado da base de cálculo da omissão de entrada foi de R\$104.524,00. Diferente, portanto, do valor de R\$462.134,80, apurado pelos Autuantes.

Assim, o ICMS apurado no demonstrativo de AUDITORIA DE ESTOQUES, acolhidos por esse relator, que o diligente anexa em seus relatórios, reduz de R\$77.293,70 para R\$17.769,08, o crédito tributário a título de omissão de entradas de mercadorias tributáveis, valor exigido na Infração 01.

Quanto à alíquota de 17% aplicada pelo diligente, apesar da observação constante do rodapé das planilhas, não poderia ser diferente, pois se trata de presunção de omissão de saídas, cujos fatos conhecidos são as omissões de entradas, que amparam a presunção de que ocorreram saídas anteriores de mercadorias tributáveis não registradas, cujas receitas serviram para efetuar o pagamento das aludidas entradas omitidas, assim, não se está a tributar as omissões de entradas e sim as presumidas saídas não tributadas, não elididas, cuja alíquota incidente tem que ser a interna, até porque o contribuinte não indicou e demonstrou quais as mercadorias ou operações que efetivamente saíram sem tributação, podendo, inclusive a operação ser interestadual a consumidor.

Diante do exporto, a infração 01 é parcialmente procedente, passando a ter uma base de cálculo de R\$104.524,00 e o ICMS devido no valor de R\$17.769,08, cabendo a manutenção da alíquota e multa originalmente aplicadas. A multa, como não poderia deixar de ser, será, é claro, aplicada sobre o valor que remanesceu a ser exigido.

Quanto à infração 02, o autuado afirma que se trata de saídas de sucata, acobertadas por notas fiscais de baixa e baixadas do estoque, posto que tais mercadorias foram inutilizadas. Considera o autuado nula a infração por ausência de subsunção do fato à norma e improcedente, na medida em que não houve a circulação da mercadoria e as notas fiscais emitidas tiveram o objetivo de baixar o estoque, não havendo incidência de ICMS em tais operações.

O auditor fiscal estranho ao feito, conforme diligência solicitada, já relatada e com a ciência do autuado, conclui, em consonância com esse relator, que as Notas Fiscais e mercadorias que embasam a Infração 02, descritas no demonstrativo de fls. 27 a 33, confirmam o enquadramento das operações como mercadorias tributadas registradas como se não fossem tributadas. Foi confirmado que as operações serviram para baixa do estoque de mercadorias, de componentes inservíveis para utilização no processo produtivo ou comercialização, conforme comprovam as cópias das Notas Fiscais anexadas ao Processo Administrativo Fiscal, fls. 137 a 140).

Verifico caber razão ao autuante e ao auditor diligente de que as mercadorias, alvo de baixa, confessadamente realizadas pelo autuado, é fato gerador do ICMS, cujo o imposto, inclusive, tem que ser pago, na forma do disposto no art. 125, inciso VI do RICMS/BA, antecipando o imposto que seria devido na forma do art. 509 do RICMS/BA. Tais mercadorias não são beneficiadas pela isenção, substituição tributária ou não incidência do ICMS, à luz do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97. Logo, não há que se falar na incidência ou estorno de crédito, conforme alinha o autuante, ou mesmo de proporcionalidade quanto à base de cálculo do imposto exigido nas infrações em lume.

Quanto à indicação pelo impugnante do Art. 356, § 5º do RICMS/BA, não se aplica a presente infração, na medida em que alinha a hipótese de perda, extravio, desaparecimento, inutilização, sinistro ou quebra anormal de mercadorias recebidas com ICMS pago por antecipação, quando devidamente comprovadas tais ocorrências, sendo impossível a revenda das mercadorias, situações não verificadas no presente caso, pois além do autuado de comprovar tais condições não foi confirmado pelo diligente.

Destaco não caber a aplicação do art. 7º do Dec. nº 4316/95, pelo simples fato de que o benefício é para específicos produtos acabados alinhados no aludido decreto, que no caso de sucatas não cabe tal condição, visto que não possuem mais as características de utilidade para os quais originalmente foram produzidos, conforme §1º do art. 509 do RICMS/BA, não cabendo a sua condição como produtos acabados especificados no benefício fiscal.

Resta, portanto, a manutenção da exigência constante da infração 02.

Quanto à infração 03, o impugnante requer a redução da alíquota aplicada na saída interestadual (de 12%), entendendo que tal operação é acolhida pelo benefício do Decreto nº 4316/95, que lhe autoriza a carga tributária de 3,5%.

Essa questão está bem definida no próprio art. 7º do Decreto nº 4316/95, transscrito pelo próprio autuado, restando claro que o incentivo fiscal, previsto naquele diploma legal, não alcança operações de transferências de mercadorias para estabelecimento do Contribuinte em outra Unidade da Federação, mas tão somente suas saídas internas decorrentes de vendas de produtos acabados.

No que alude a arguição de não incidência do ICMS nas transferências de mercadorias para estabelecimentos da mesma empresa com base na súmula 166 do STJ, cabe alinhar que, apesar da aludida Súmula, tal decisão não vincula os atos administrativos desse Estado, bem como não afasta a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual.

A Constituição Federal/1988, no seu art. 146, III, “a” determinou que cabe à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre a definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos, respectivos fatos geradores, base de cálculo e contribuintes.

Por sua vez a Lei Complementar 87/96 determina no art. 12, que considera ocorrido o fato gerador do imposto no momento da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que

para outro estabelecimento do mesmo titular. O inciso I do art. 4º da Lei 7014/96 e o inciso I do art. 2º do RICMS não deixam dúvidas quanto à existência do fato gerador nas transferências efetuadas pelo autuado

O impugnante, portanto, não consegue demonstrar que efetuou saídas de produtos em transferência para estabelecimento situado em outra unidade federativa, pertencente ao mesmo titular, com o custo da mercadoria produzida, conforme dispõe o art. 13, § 4º, II da Lei Complementar 87/96, ficando demonstrado que tal transferência ocorreu com base de cálculo inferior ao legalmente previsto.

Diante do exposto, fica mantida a exigência relativa à infração 03.

Voto, por conseguinte, pela Procedência em Parcial do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279757.0044/09-8, lavrado contra **SEMP TOSHIBA INFORMÁTICA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$85.996,73**, acrescido das multas de 60% sobre R\$68.227,65 e de 70% sobre R\$17.769,08, previstas no art. 42, incisos II, "a" e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

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", do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala de Sessões do CONSEF, 27 de março de 2012.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

ANGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS OLIVEIRA - JULGADOR