

PROCESSO - A. I. N° 206921.0007/09-3
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - ALERIS LATASA RECICLAGEM LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JJF nº 0334-01/11
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 20/05/2013

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0125-11/13

EMENTA. ICMS. 1. 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. **2. 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. Impossibilidade de prosseguimento da lide, em atendimento aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa. Infração nula. **3. 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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente processo foi encaminhado para esta Câmara, na forma de Recurso de Ofício, para exame da Decisão exarada pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal, consoante Acórdão nº 0334-01/11, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração nº 206921.0007/09-3, lavrado em 15/09/2009, o qual reclama a cobrança do ICMS e de multas por descumprimento de obrigações acessórias, no valor total de R\$52.814,28, decorrente da imputação de sete infrações, adiante transcritas:

INFRAÇÃO 1 - Dar 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;

INFRAÇÃO 2 - Deixar 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%;

INFRAÇÃO 3 - Deixar 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%;

INFRAÇÃO 4 - Ausência de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos e 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%;

INFRAÇÃO 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;

INFRAÇÃO 6 - Recolhimento a menos de ICMS em decorrência de desconcontro 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%;

INFRAÇÃO 7 - Dar 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.

Após os trâmites legais, por meio do Acórdão JJF Nº. 0334-01/11, a 1ª Junta de Julgamento Fiscal decidiu a lide administrativa na seguinte literalidade:

“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 CJP 0102/12-05, 0113/12-05 e 0192-11-05, CJP 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, observe 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, observe 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 escoreita 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 ALUMINIO”, 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/ALUMINIO), 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, observe 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 a 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.'

Porquanto a desoneração do sujeito passivo ultrapassou o valor do limite previsto no art. 169, inciso I, letra "a", item 1, do RPAF/99, a JJF formalizou o pertinente Recurso de Ofício para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

VOTO

Consoante explicitado no Relatório supra, versa o PAF acerca de sete infrações, cinco das quais objetos do presente Recurso de Ofício, isto é, aquelas rotuladas sob nºs 2, 3, 4, 5 e 6.

Após exame da procedimentalidade, firmo posicionamento no sentido de me alinhar às conclusões do julgado, submetidas à revisão desta Câmara de Julgamento Fiscal.

Assim é que, no tocante às infrações 2 e 3, correlatas à falta de recolhimento do diferencial de alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias destinadas ao ativo fixo e ao consumo do estabelecimento, respectivamente, não merece reparo a decisão, porquanto acolhidos parcialmente, pelo próprio autuante, os argumentos defensivos, do que resultou a exclusão de diversas notas fiscais referentes a sucatas, as quais foram indevidamente consideradas na base de cálculo de ambos os cometimentos, consoante se verifica na informação fiscal de fls. 253/257, acarretando a redução da infração 02 para o valor de R\$1.554,42 e da infração 3 para o montante de R\$2.547,74, importes que reputo corretos para os lançamentos.

Em alusão à infração 4, proveniente da falta de contabilização de entradas de mercadorias, indicando 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, a autuada, na sua peça impugnatória, e em diversas manifestações colacionadas aos autos, apresentou argumentos e anexou diversos documentos a fundamentar as suas alegações, nesse passo, propiciando as revisões efetuadas, inicialmente pelo próprio autuante (fls. 278/282) e, depois, em atendimento à diligência solicitada pela JJF à INFAZ, retratada nas peças de fls. 412/415 e 507/508, da lavra de auditor designado, as quais confirmaram a procedência da revisão e subsequente redução do lançamento.

Tenha-se em mira que as matérias versadas têm conotação eminentemente fáticas, encontrando-se nos autos provas documentais incontestes das alegações do contribuinte, aliás, reconhecidas em parte pelo próprio autuante, quando dos seus pronunciamentos (informações fiscais), bem assim pelo auditor designado pela INFAZ, para atender a diligência determinada, conjuntura conducente à ratificação do decisório de piso, na linha da redução do valor da infração para a quantia de R\$1.323,16.

No que tange à increpação de nº 5, onde foi lançada a exigência de uma multa fixa por descumprimento de obrigação acessória, caracterizada por omissão de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, conclusão que se alcançou mediante levantamento quantitativo de estoques, comungo do entendimento da JJF, no sentido de que as mercadorias objeto da autuação referem-se a operações enquadradas no regime de diferimento, logo operações tributáveis, situação na qual ocorre a existência do fato gerador, postergando-se, apenas, a exigência do pagamento para um momento posterior.

Nesse contexto, logicamente, caberia a exigência do imposto relativo às saídas omitidas, realizadas sem a documentação fiscal, e não a aplicação de multa fixa por descumprimento de

obrigação acessória, como ocorreu na espécie concreta, tendo por consequência o deslocamento do foco da natureza da imputação, tornando-a passível de nulidade, em atendimento aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa, em consonância com o art. 18 do RPAF/BA.

Disso resulta a confirmação da nulidade da infração 5, e a recomendação à autoridade fazendária competente para verificação da viabilidade de repetição do procedimento fiscal, livre de equívocos.

Por último, de referência à imputação de nº 6, tendo por escopo a cobrança do recolhimento a menor do ICMS, apurado por divergência entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS (abril de 2004), nenhum reparo merece a decisão de piso, concluindo pela improcedência da referida infração.

Conforme anteriormente asseverado, encontram-se nos autos documentos e registros confirmados pelo auditor designado pela INFAZ, dando conta que o valor exigido foi devidamente lançado no livro Registro de Apuração e deduzido do montante do saldo credor do período, conjuntura conducente à ratificação do quanto decidido na instância originária, em torno da improcedência da infração.

Concludentemente, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício advindo da 1ª JJF, mantendo a PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206921.0007/09-3**, lavrado contra **ALERIS LATASA RECICLAGEM LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$5.425,32**, acrescido das multas de 60% sobre R\$4.102,16 e 70% sobre R\$1.323,16, previstas no art. 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 e XI, do mesmo Diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de abril de 2013.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE – RELATOR

ROSANA JEZLER GALVÃO - REPR. DA PGE/PROFIS