

A. I. Nº - 206969.0015/03-6
AUTUADO - MDX DO NORDESTE TELECOMUNICAÇÕES LTDA.
AUTUANTE - IRLENE ERCI LINO
ORIGEM - INFRAZ ILHÉUS
INTERNET - 31.05.04

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0172-03/04

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Diferença constatada no cotejo entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro de apuração. Infração confirmada. 2. LIVROS FISCAIS. MULTA. Escrituração em desacordo com as normas regulamentares. Descumprimento de obrigação acessória. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. CRÉDITO PRESUMIDO DESTACADO EM NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS. Infração caracterizada. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. MULTA. Emissão em desacordo com as normas regulamentares. Descumprimento de obrigação acessória. Rejeitada a preliminar de nulidade suscitada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/12/03, exige ICMS no valor de R\$810.324,77, acrescido da multa de 60%, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no montante de R\$170,00, em razão das seguintes irregularidades:

- 1 - “Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre o(s) valor(es) do imposto recolhido e o escriturado no Livro Registro de Apuração do ICMS” – R\$760,00;
- 2 – “Escriturou livro (s) fiscal (is) em desacordo com as normas regulamentares. Escrituração do livro Registro de Apuração do ICMS em desacordo com as normas regulamentares, relativo ao exercício de 2001, quando informa um quadro mensal de “Apuração Provisória de ICMS Período...”, conforme cópia do livro RAICMS anexo” – R\$120,00;
- 3 – “Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Deixou de recolher ICMS devido nas saídas de produtos importados do exterior (com diferimento do imposto) para estabelecimentos situados em outros Estados da Federação com utilização indevida do benefício previsto no artigo 2º e/ou art. 7º do Decreto nº 4.316/95 (crédito presumido do ICMS no valor do ICMS destacado nas notas fiscais de saídas e crédito presumido de forma que a carga tributária corresponda a 3,5%, respectivamente). O contribuinte importa produtos acabados do exterior com benefício do diferimento e os comercializa informando nas notas fiscais de saídas tratar-se de produto importado com diferimento prev. no Decreto nº 4.316/95 (art. 8º, par. único do Decreto nº 4.316/95). Entretanto, não efetuou nenhuma industrialização no período fiscalizado – 09/2000 a 31/12/2002, sendo uma condição para gozo do benefício comprovar ter industrializado no mínimo 25% no primeiro ano (até 31/12/2001) e 33% no segundo ano (até 31/12/2002), conforme previsto no artigo 1º, inciso III, §1º inciso II, e §6º, do Decreto nº 4.316/95”- R\$809.564,11;
- 4 – “Emissão de documento fiscal omitindo indicações necessárias à identificação da operação ou prestação, sem prejuízo de atendimento à obrigação principal” – R\$50,00.

O autuado apresenta impugnação, às fls. 478 a 497, preliminarmente alegando ausência de motivação para lavratura do Auto de Infração. Diz haver flagrante dissonância entre os fatos relatados que ensejaram a autuação, e os enquadramentos legais adotados pela fiscalização e as multas aplicadas, no que diz respeito às infrações 1 e 3.

No mérito, em relação à infração 3, alega que os produtos importados, com posterior saída com aproveitamento do diferimento, efetivamente sofreram processo de industrialização, tanto que o respectivo IPI encontra-se devidamente destacado nas notas fiscais de saídas. Diz que esse destaque do IPI seria a prova de que houve industrialização dos produtos por parte da empresa. Argumenta ainda que, comparar a descrição dos produtos constantes das notas fiscais de entradas relativas às importações com as notas fiscais de saídas e o "fato de coincidirem" não implicaria na inexistência de processo de industrialização. Faz uma breve exposição sobre o que a legislação define como industrialização, citando o art. 46, do CTN e o art. 4º, do Regulamento do IPI – Decreto Federal nº 4.544/02, visando demonstrar que a industrialização corresponde às operações que importem na modificação da natureza, funcionamento, acabamento, apresentação ou finalidade do produto, ou no seu aperfeiçoamento para consumo, incluindo-se entre tais operações, aquelas que impliquem na colocação de embalagens, ainda que em substituição da original. Entende que caberia à fiscalização estadual encontrar mais elementos para desconfigurar o processo de industrialização, além da descrição nas notas fiscais, e impedir o uso do diferimento previsto no Decreto nº 4.316/95. Finaliza a impugnação, nesse item, alegando que o presente processo não está devidamente acompanhado de provas robustas da inexistência do processo de industrialização, e que resulta de uma mera presunção por parte do agente fiscal.

Ao final, pede a anulação integral do Auto de Infração.

A autuante, em informação fiscal às fls. 529 a 536 dos autos, inicialmente reconhece que existiram alguns equívocos nos dispositivos legais indicados no Auto de Infração. Entretanto, diz que as descrições das infrações estão claras e que não deixam dúvidas quanto à sua natureza, o autuado e o montante do débito. Explica que o Auto de Infração foi emitido pelo Sistema de Emissão de Auto de Infração -SEAI -, que é um sistema informatizado que vem se aprimorando a cada dia, sendo constantes as suas atualizações. Acrescenta que houve problemas com a versão utilizada do referido sistema, o que provocou os erros de enquadramento. Dessa forma, dizendo que a indicação errônea de dispositivos legais não implica em nulidade do Auto de Infração, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal (§ 1º do artigo 18 e artigo 19 do RPAF/99), altera o enquadramento legal da infração 1 para: artigo 116, 124, inciso I e 331, § 8º do RICMS/97; e a multa aplicada para a contida no artigo 42, inciso II, alínea "b", da Lei nº 7.014/96 alterada pela Lei nº 8.534/02. No que diz respeito à infração 3, salienta que os dispositivos equivocados informados pela defesa estão indicados no Auto de Infração apenas para uma data de ocorrência da infração, e que nos demais períodos (outras cinco datas de ocorrência) a indicação dos dispositivos legais estão perfeitamente corretas. Dessa forma altera apenas o enquadramento legal para a data de ocorrência 31/12/2002 que passa a ser: art. 2º, 50, III inciso I e 124, inciso I do RICMS/97, com multa disposta no art. 42, inciso II, alínea "a", da Lei nº 7.014/96.

No mérito, no que diz respeito à infração 3, afirma que não se trata de presunção, já que o contribuinte efetivamente deu saídas em mercadorias tributáveis como não tributáveis em decorrência do uso indevido dos benefícios do Decreto nº 4.316/95. Explica que o contribuinte, estabelecimento industrial habilitado para o diferimento do ICMS, poderia gozar dos benefícios previstos no Decreto nº 4.316/95 da seguinte forma: diferimento do ICMS nas entradas por importação de componentes partes e peças destinadas à industrialização de produtos de informática e outros, e na importação de produtos acabados prontos para revenda; estorno de débito de 100% do valor do ICMS destacado nas saídas de produtos industrializados pelo contribuinte resultantes da importação dos CPPs, e redução da carga tributária para 3,5% (três e

meio por cento) nas saídas de produtos acabados importados com diferimento (art. 1º, I e III, § 1º, II, "a" e "b", artigos 2º, 6º, 7º e 8º, do Decreto nº 4.316/95). Expõe que pela escrituração do livro Registro de Apuração do ICMS, até outubro de 2002, o contribuinte escriturava todas as saídas como se fossem operações de saídas de produtos importados com diferimento -redução da carga tributária a 3,5%, em forma de outros créditos na apuração do imposto devido, e que nos meses de novembro e dezembro de 2002, a escrituração do livro RAICMS está como se todas as saídas fossem de produtos industrializados pelo contribuinte - redução de 100%, na forma de estorno de 100% do ICMS destacado nas notas fiscais, em outros créditos na apuração do imposto devido. Afirma que a infração em exame não se trata de presunção, entendendo que o autuado não industrializou nada no período 2000 a 31/12/2002 diante das seguintes constatações:

- a. a mercadoria/produto vendido é exatamente o mesmo importado com diferimento do ICMS, conforme discriminação da mercadoria nas notas fiscais de entradas e saídas, quantidades e unidade de medida (fls. 48 a 249);
- b. as notas fiscais de saídas emitidas pelo autuado trazem a informação de tratar-se de Produto Importado sob Regime de Diferimento (Decreto nº 4.316/95), condição prevista para as saídas de Produto acabado importado com diferimento e revendido com carga tributária de 3,5%, e não para produtos produzidos pelo estabelecimento importador, conforme parágrafo único do artigo 8º do Decreto nº 4.316/95 (fls. 48/249);
- c. a escrituração dos livros Registro de Saídas e Registro de Apuração do ICMS indicam a saída de Produtos acabados importados com diferimento, com carga tributária de 3,5%, conforme artigo 7º do Decreto nº 4.316/95 (fls. 263/269, 284/313 e 338/387);
- d. o contribuinte não possui livro de Controle da Produção e Estoque, e não tinha nenhum empregado no estabelecimento no período 2000/2002, sendo que o primeiro registrado no livro Registro de Empregados é de 03/04/2003 (fls. 250 a 255).

Finaliza dizendo que o contribuinte vinha importando Produto acabado com diferimento nas entradas e vendendo com carga tributária de 3,5% no período fiscalizado, mas que deixou de observar uma condição básica para fruição dos benefícios previstos no Decreto nº 4.316/95, que é a necessidade de comprovação de industrialização pelo estabelecimento de no mínimo 25% no primeiro ano (até 31/12/2001 neste caso) e 33% no segundo ano (até 31/12/2002). Afirma que não houve nenhuma industrialização no período 2000/2002, e que, dessa forma, as saídas devem ter tributação normal, sem redução da carga tributária.

O autuado tomou ciência à fl. 538, das mudanças de enquadramento sugeridas na informação fiscal, bem como da reabertura do prazo de defesa.

O autuado novamente se manifestou (fls. 540 a 547), entendendo que o reconhecimento por parte da autuante da inexistência de pertinência lógica entre os dispositivos legais indicados na autuação, demonstra a fragilidade do Auto de Infração e a falta da devida motivação. Ratifica, ainda, toda sua argumentação inicial, relativa à infração 3, para ao final solicitar a anulação do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, fica rejeitada a preliminar de nulidade argüida pelo impugnante, haja vista que o Auto de Infração está revestido das formalidades legais, sendo possível determinar com clareza a natureza das infrações, o autuado e o montante do débito tributário. A descrição dos fatos indica perfeitamente as infrações cometidas, sendo que as correções efetuadas pela autuante, quanto à

indicação dos dispositivos legais (infrações 1 e 3), quando da sua informação fiscal, ensejaram a reabertura do prazo de defesa, estando tal procedimento de acordo com o art. 18, §1º, do RPAF/99. Ademais, pelo que dispõe o art. 19, do mesmo diploma legal acima citado, a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.

No mérito, o autuado não se pronunciou a respeito das infrações 1, 2 e 4, o que em meu entendimento implica no reconhecimento tácito do cometimento das mesmas.

No que diz respeito à infração 3, o sujeito passivo alega que os produtos importados com diferimento e posterior saída com carga tributária reduzida, efetivamente sofreram processo de industrialização. Entende que o destaque do IPI nas notas fiscais de saída seria a prova de que houve a efetiva industrialização dos produtos por parte da empresa.

Inicialmente esclareço que para se determinar se o contribuinte tem ou não direito à fruição do benefício do diferimento em questão, devem ser observadas as condições estabelecidas no art. 1º, III, §1º, do Decreto nº 4.316/95, como a seguir descrito:

1. a renovação anual da habilitação concedida pela SEFAZ/BA;
2. a comprovação de que o faturamento total das vendas de produtos fabricados na unidade industrial equivale, no mínimo, aos seguintes percentuais do valor total do faturamento anual:
 - 2.1 25% no primeiro ano de produção;
 - 2.2 33% no segundo ano de produção;
 - 2.3 40% no terceiro ano de produção;
 - 2.4 50% a partir do quarto ano de produção.

Vale destacar que o §6º do artigo 1º do Decreto nº 4.316/95 prevê que, não atingindo a proporção acima prevista, o estabelecimento ficará obrigado ao recolhimento do ICMS incidente na operação.

Na situação em análise, a autuante chegou a conclusão que o autuado não industrializou nada no período sob exame (2000 a 31/12/2002), diante das seguintes constatações:

1. a mercadoria/produto vendido é exatamente o mesmo importado com diferimento do ICMS, conforme discriminação da mercadoria nas notas fiscais de entradas e saídas, quantidades e unidade de medida (fls. 48 a 249);
2. as notas fiscais de saídas emitidas pelo autuado trazem a informação de tratar-se de Produto Importado sob Regime de Diferimento (Decreto nº 4.316/95), condição prevista para as saídas de Produto acabado importado com diferimento e revendido com carga tributária de 3,5%, e não para produtos produzidos pelo estabelecimento importador, conforme parágrafo único do artigo 8º do Decreto nº 4.316/95 (fls. 48/249);
3. a escrituração dos livros Registro de Saídas e Registro de Apuração do ICMS indicam a saída de Produtos acabados importados com diferimento, com carga tributária de 3,5%, conforme artigo 7º do Decreto nº 4.316/95 (fls. 263/269, 284/313 e 338/387);
4. o contribuinte não possui livro de controle da produção e estoque, e não tinha nenhum empregado no estabelecimento no período 2000/2002, sendo que o primeiro registrado no livro Registro de Empregados é de 03/04/2003 (fls. 250 a 255).

Mesmo ciente de tais evidências, o autuado em nenhum momento apresentou qualquer comprovação de que os produtos importados com diferimento, e posterior saída com carga tributária reduzida, efetivamente sofreram processo de industrialização. Limitou-se a alegar que o destaque do IPI nas notas fiscais de saída seria a prova de que houve a industrialização dos produtos por parte da empresa, fato que efetivamente não comprova a execução do necessário processo produtivo.

Pelo que dispõe o art. 142, do RPAF/99, 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.

Dessa forma, entendo correto o procedimento fiscal, já que restou evidenciado nos autos que o contribuinte vinha importando produto acabado com diferimento nas entradas e vendendo com carga tributária de 3,5% no período fiscalizado, porém deixando de observar uma condição básica para fruição dos benefícios previstos no Decreto nº 4.316/95, que é a necessidade de comprovação de industrialização pelo estabelecimento de no mínimo 25% no primeiro ano (até 31/12/2001 no presente caso) e 33% no segundo ano (até 31/12/2002). Portanto, não havendo realização de industrialização no período (2000/2002), as saídas devem ter tributação normal, sem redução da carga tributária.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206969.0015/03-6, lavrado contra **MDX DO NORDESTE TELECOMUNICAÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$810.324,77**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas no valor de **R\$170,00**, previstas no art. 42, XVIII, “b” e XXII, da lei supra citada.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de maio de 2004.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA