

A. I. N° - 206969.0018/04-3
AUTUADO - WAYTEC MANUFATURA LTDA.
AUTUANTE - IRLENE ERCI LINO
ORIGEM - INFAZ ILHÉUS
INTERNET - 12.11.04

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0428-02/04

EMENTA: ICMS. SAIDAS INTERNAS E INTERESTADUAIS DE PRODUTOS ADQUIRIDOS DE TERCEIROS. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE BENEFÍCIO FISCAL DE CRÉDITO FISCAL PRESUMIDO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Não restou caracterizado que o contribuinte agiu em desacordo com as regras estabelecidas no Decreto nº 4.316/95 para fins de fruição do benefício fiscal. Acusação fiscal insubsistente. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 09/07/2004, exige ICMS no valor de R\$ 364.695,45, e multa de 60%, em decorrência da falta de recolhimento de ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

Deixou de recolher ICMS devido nas saídas, internas e interestaduais, de produtos adquiridos de terceiros (não industrializados pelo contribuinte, com utilização indevida de crédito do benefício previsto nos artigos 2º e ou 7º do Decreto 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 não atingiu o percentual mínimo de 50%, por estar no quarto ano de atividade (o grupo Waytec), do faturamento oriundo de vendas de produtos fabricados pelo estabelecimento (o Grupo Waytec). Valor total do excesso de comercialização (produtos adquiridos de terceiros) não protegido pelos benefícios do Dec. 4.316/95.

O autuado, através de patrono legalmente constituído, ingressa com defesa, fls. 182/198, e impugna o lançamento com base nas seguintes razões de fato e de direito:

1. Que o Auto de Infração decorreu de uma lamentável falha na interpretação que a fiscalização deu aos fatos descritos na contabilidade da impugnante, à luz da própria legislação pertinente.
2. As premissas que foram adotadas pela fiscalização para a lavratura do presente Auto de Infração foram:
 - A autuada goza dos benefícios do Decreto nº 4.316/95;
 - A autuada iniciou suas atividades em abril de 2001;
 - A autuada faz parte de um grupo de empresas que iniciou suas atividades no ano de 1999;
 - Como a autuada faz parte de um grupo que iniciou suas atividades em 1999, a fiscalização considerou como primeiro ano de atividade da autuada o ano de 2000;

- A fiscalização apurou que o Grupo não atingiu o percentual mínimo de 50% (considerando-se 2003 seu 4º ano de atividade) de faturamento oriundo das vendas da produção dos estabelecimentos, havendo excesso de vendas de mercadorias adquiridas de terceiros não amparadas pelos benefícios do Decreto nº 4.316/95;
- A fiscalização levou em consideração o faturamento total do Grupo em 2003.

Esclarece que o Grupo “Waytec” é composto por três empresas distintas e autônomas, que gozam do benefício do Decreto nº 4.316/95, que são Waytec Tecnologia em Comunicação Ltda, (início de atividade em 1999), Waytec Manufatura (início de atividade em 2002) e Waytec Comercial Ltda (início de atividade em 2000), todas com seus atos constitutivos arquivados na Junta Comercial. Ressalta que atuam em áreas distintas.

Relata que a impugnante trabalha com a montagem de produtos de informática tipo micros, gabinetes, etc, e basicamente importa bens de produção eletro-eletrônicos. São peças normalmente transportadas para a sede da impugnante, onde são montadas, ganham novos componentes, como cabos (kits de instalação), que interligam os componentes, além de conexões, módulos e parafusos, que ligam as estruturas.

Assim, seu objeto social é a industrialização, manufatura de produtos na área de eletro-eletrônica, comercialização, importação, exportação, prestação de serviços e intermediação de venda de bens na área de eletrônica.

Questiona se quem deixou de recolher o ICMS foi o autuado ou o grupo, e diz estar diante de uma infração supostamente cometida por um grupo de empresas, só que o Auto de Infração foi lavrado contra uma das empresas do grupo.

Embora o Auto de Infração esteja fundamentado na utilização indevida do benefício previsto nos artigos 2º e ou 7º do Decreto nº 4.316/95, entende que as exigências legais para usufruir do benefício referem-se à comprovação pela unidade industrial do contribuinte, não se referindo a grupo, como equivocadamente entendeu a fiscalização.

Caso a fiscalização tivesse levado em consideração o primeiro ano de atividade da própria autuada, não haveria configuração de excesso de venda de mercadorias não protegidas pelo benefício do Decreto nº 4.316/95, isto porque o percentual a ser considerado seria de 25% (1º ano – 2002/2003) e não de 50% (a partir do 4º ano) Além do que o faturamento utilizado como parâmetro seria somente o do autuado e não do “grupo” a que faz parte.

As autoridades fiscalizadoras devem sempre observar o fato de que é princípio basilar da hermenêutica jurídica a aplicação de uma interpretação literal e restrita tanto à legislação que restringe o direito do particular ou lhe aplica sanção, quanto à legislação que conceda “benefício fiscal”, de forma a minorar a possibilidade de cometimento de injustiças. Tal entendimento é confirmado pelo art. 111 do CTN, que embora não trate especificamente de benefícios fiscais, deixa claro o caráter restritivo da interpretação.

Nesse contexto é que entende que a fiscalização cometeu grave erro, ao reunir as empresas do grupo, a que faz parte o autuado, como se tratassem de uma única empresa (de um único contribuinte), indo contra ao que estabelece o próprio Decreto que regulamenta o benefício, que sempre trata da empresa (contribuinte), como estabelecimentos (unidades) autônomos.

Traz à baila o art. 46 do RICMS para exemplificar que, todas as vezes que, o Regulamento pretendeu tratar as empresas de um mesmo grupo de forma conjunta, estabeleceu de forma clara e objetiva.

Relata que para evitar uma autuação, efetuou consulta formal junto à DITRI da SEFAZ/BA, tendo sido emitido Parecer Final nº 7487, datado de 25/09/2003. O esclarecimento solicitado foi “solicitamos que nos seja informado quais os percentuais de industrialização e comercialização que deverão ser utilizados nas empresas (Waytec Tecnologia e Waytec Manufatura), para atender aos limites máximos que determinam a legislação pertinente, em relação aos exercícios de 2002 e 2003 separadamente”.

O parecerista concluiu o Parecer da seguinte forma: “Diante do exposto, podemos concluir que cabe à fiscalização, examinar a situação cadastral de cada uma das empresas, de per si, a fim de verificar se as mesmas reúnem as condições impostas para a fruição do benefício aqui tratado, da forma indicada do Decreto nº 4.316/95. É o Parecer”.

Surpreendentemente, após ter firmado esse parecer, onde deixa claro que as empresas do Grupo Waytec devem ser analisadas individualmente, a fiscalização do ICMS lavrou o Auto de Infração, ora atacado, sob o argumento de que o “Grupo” não cumpriu os requisitos da legislação do benefício (Decreto nº 4.316/95).

Traz à referência o Auto de Infração nº 207351.0018/02-1 da Waytec Tecnologia em Comunicação Ltda, para provar que a fiscalização sempre considerou as empresas do Grupo Waytec de forma individual, em relação à regra da porcentagem do faturamento, obtido pelas vendas de comercialização e da industrialização.

A final pede o cancelamento e o arquivamento do presente Auto de Infração.

O autuante, presta a informação fiscal, de fls. 247/252, na qual esclarece os seguintes pontos, mantendo na íntegra a autuação:

1. As três empresas possuem CNPJs distintos, mas como demonstrado, fazem parte de um grupo de empresas controladas/coligadas, sendo a 2ª e a 3ª empresas controladas direta ou indiretamente pela 1ª (99,99% das ações, em todos os casos), estando portanto em seu 4º ano de produção em 2003, devendo apresentar uma proporção de, no mínimo, 50% de seu faturamento decorrente das vendas de produtos fabricados na unidade industrial, conforme previsto no Art. 1º, § 1º, inciso II, alínea “d” do Decreto 4.316/95.
2. Se considerarmos o faturamento de forma global, para efeito de concessão dos benefícios previstos no Decreto 4.316/95, também devemos fazê-lo para a apuração do cumprimento das obrigações decorrentes, previstas no Art. 1º, § 1º, incisos I e II e suas alíneas. Este é o entendimento local, na Infaz Ilhéus, das disposições do Decreto 4.316/95, ratificado em resposta à orientação solicitada por esta Inspetoria, via e-mail, e repassada a informação/orientação ao contribuinte autuado em 11/06/2004.
3. A impugnante omitiu o fato de que manteve contato com a fiscalização local (INFAZ Ilhéus), onde solicitou orientação e foi orientado a considerar o faturamento global do Grupo Waytec e o primeiro ano de produção para a primeira empresa do Grupo –Waytec Tecnologia.
4. Está claro no Parecer nº 7487 (fl. 228), que as informações fornecidas pela consultante em sua consulta não possibilitaram ao parecerista informar quais os percentuais de industrialização e comercialização que deveriam ser utilizados nas empresas nos exercícios de 2002 e 2003, concluindo que caberia à fiscalização essa apuração.

5. A autuada, através da Sra Telma Costa, solicitou orientação da fiscalização (através do Inspetor da Infaz Ilhéus), em 25/09/03, sendo respondido na mesma data, pela mesma via – e-mail.
6. Ante a não aceitação pela autuada do entendimento de Decreto 4.316/95, apresentado pelo inspetor, sr. Lucas Xavier, este solicitou orientação à DITRI em 14/04/2004, com resposta que ratifica o entendimento local, em 06/05/2004, que foi repassada à senhora Telma Costa em 11/06/2004, dando ao contribuinte a oportunidade de regularizar a apuração e recolhimento do ICMS. Não sendo regularizada a situação, as empresas do Grupo foram fiscalizadas, sendo apurado o ICMS devido pela utilização do benefício fiscal em excesso, e o contribuinte não apresentou percentual mínimo de industrialização em relação à comercialização.
7. Como pode ser verificado nos anexos que compõem o auto de infração, foi efetuado o levantamento das saídas dos três estabelecimentos, individualmente e de forma consolidada, por código fiscal de operação, apurando-se que o grupo Waytec não atingiu o percentual mínimo de 50% de faturamento oriundo das vendas da produção do estabelecimento havendo um excesso de venda de mercadorias adquiridas de terceiros não protegido pelos benefícios previstos no Dec. 4.316/95, resultando num total de valor contábil de R\$ 4.908.768,55 que deve ser tributado normalmente.
8. O valor do excesso apurado foi alocado na empresa autuada por ser a empresa industrial do Grupo Waytec que atingiu menor proporção de industrialização (43,8%), enquanto a outra unidade industrial do Grupo, (W. Tecnologia), atingiu a proporção de 98,59%. A outra unidade do Grupo é exclusivamente comercial e atingiu 0,00% de industrialização.
9. Salienta que a impugnante em momento algum questionou os levantamentos feitos com relação aos valores ali informados.

Em 11 de outubro de 2004, o autuado, através de seu patrono requer o adiamento do julgamento do presente processo, por motivo de viagem profissional, juntando cópia do bilhete de passagem aérea, no que foi atendido por esta 2ª JF, com base no art. 66, I, do RPAF/99.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em empresa que goza do benefício do Decreto nº 4.316/95, por tratar-se de empresa cujo objeto social é a industrialização, manufatura de produtos na área de eletro-eletrônica, comercialização, importação, exportação, prestação de serviços e intermediação de venda de bens na área de eletrônica.

O Estado da Bahia, usando de suas atribuições de regular e fomentar as atividades econômicas, conforme prevê o artigo 174 da Constituição Federal de 1988 e a Constituição Estadual do Estado da Bahia, e considerando que a fruição dos benefícios decorrentes dos fomentos e dos financiamentos é condição indispensável para que a Waytec Tecnologia em Comunicação Ltda, possa vir a instalar uma unidade no Estado da Bahia, firmou o Protocolo de Intenções, em 15 de dezembro de 1998, no sentido de viabilizar a instalação de indústria para a montagem de vídeos, mediante ações reciprocamente condicionadas.

Assim, em contrapartida aos compromissos assumidos pela Waytec Tecnologia em Comunicação Ltda, o Estado da Bahia, incumbiu-se de conceder e garantir o diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS nas condições que especificou.

Na cláusula Sexta – das disposições gerais, item b, do referido Protocolo de Intenções, as partes deliberam de comum acordo que as controvérsias advindas da interpretação ou execução deste Protocolo de Intenções sejam dirimidas por meio de um juízo arbitral, que terá sede na cidade de

Salvador, no Estado da Bahia, bem como obrigando-se pela decisão arbitral como norma de execução específica.

Conforme esclarecimentos do autuado, o contribuinte autuado faz parte do Grupo “Waytec”, que é composto por três empresas, distintas e autônomas, que gozam do benefício do Decreto nº 4.316/95. São elas: Waytec Tecnologia em Comunicação Ltda, (início de atividade em 1999), Waytec Manufatura (início de atividade em 2002) e Waytec Comercial Ltda (início de atividade em 2000), todas com seus atos constitutivos arquivados na Junta Comercial.

O lançamento versa sobre a falta de recolhimento de ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Assim, a acusação fiscal está baseada no fato de que o contribuinte não teria atingido o percentual mínimo de 50%, (em decorrência do exercício de 2003 ser o 4º ano de atividade do Grupo Waytec), de faturamento oriundo das vendas da produção dos estabelecimentos, havendo excesso de vendas de mercadorias adquiridas de terceiros, não amparadas pelos benefícios do Decreto nº 4.316/95.

O contribuinte em sua peça de defesa, alerta que a empresa WAYTEC TECNOLOGIA EM COMUNICAÇÃO LTDA, formulou Consulta à DITRI – Diretoria de Tributação da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, Processo nº 52374020038, anexo à fl. 228, na qual não obteve a resposta que desse margem à fiscalização de interpretar o Decreto nº 4.316/95, da forma que o fez. Assim, em 25/09/2003, foi emitido o Parecer Nº 7487, que transcrevemos na íntegra:

Nº Parecer: 7487

Parecerista: MARIA DAS GRAÇAS RODENBURG MAGALHÃES

EMENTA: ICMS. Consulta Fruição dos benefícios contidos no art. 1º, inciso II e III do Decreto nº 4.316/95. Pela verificação fiscal.

Parecer Final: WAYTEC TECNOLOGIA EM COMUNICAÇÃO LTDA, acima qualificada, consulta-nos: “...solicitamos que nos seja informado quais os percentuais de industrialização e comecialização que deverão ser utilizados nas empresas industriais (WAYTEC TECNOLOGIA E WAYTEC MANUFATURA), para atender aos limites máximos que determinam a legislação pertinente, em relação aos exercícios de 2002 e de 2003, separadamente. “A Consulente nos informa que é beneficiária do Decreto nº 4316/95 e que é composta de três empresas, quais sejam ; 1- Waytec tcnologia – sócios e participação: Emídio Cipriani – 55%, Genilda beraldo – 25% e Moisés Aleixo – 20%; 2 – Waytec comercial – sócios e participação – Waytec Manufatura – 99,99% e Emídio Cipriani – 0,01%; e 3 – Waytec manufatura – sócios e participação: Waytec Tecnologia – 99,99% e Emídio Cipriani – 0,01%. NOSSA RESPOSTA: As citadas empresas que compõem o grupo são: 1 – Waytec Tecnologia – estabelecimento matriz, com IE nº 49.861.679, do ramo de indústria, situado no Distrito Industrial de Ilhéus. 2. Waytec Comercial – estabelecimento matriz, com IE nº 52.639.230, do ramo de comércio atacadita, situado no Distrito Industrial de Ilhéus; 3- Waytec Manufatura, estabelecimento matriz , com IE nº 55.068.439; do ramo de indústria, situado no Distrito Industrial de Ilhéus. O art. 1º do decreto nº 4.316/95, assim dispõe: “Art. 1º - Ficam diferidos o lançamento e o pagamento do ICMS relativo ao recebimento do exterior de:II – produtos de informática, por parte de estabelecimento comercial filial de indústria, ou empresa por ela controlada, instaladas no distrito Industrial de Ilhéus, mesmo que tenham similaridade com produtos fabricados pelos referidos estabelecimentos, observada a disposição do § 1º deste artigo. III – produtos de informática , de telecomunicações, elétricos, 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 § 1º e na alínea “b” do inciso I do § 3º deste artigo. § 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 artigo na conformidade do Art. 34 e seguintes do regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, 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 equivale, no mínimo aos seguintes percentuais do valor total do faturamento anual: a) 25% (vinte e cinco por centos) no primeiro ano de produção; b) 33% (trinta e três por centos) 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. Na verdade trata-se de benefício especificamente concedido para estabelecimentos localizados no Distrito Industrial e Ilhéus, nas importações para revenda (produtos acabados) efetuadas por estabelecimento comercial filial de indústria ou empresa por ela controlada, da área de informática, ou por estabelecimentos industriais dos setores de informática, elétricos, eletro-eletrônicos, ou de telecomunicações e, para tanto, tem que atender, cumulativamente às seguintes condições: - renovação anual da habilitação para operar no regime de diferimento; - o faturamento total das vendas de produtos fabricados deve equivaler aos já citados percentuais do valor do faturamento anual; e o valor do investimento total seja equivalente a no mínimo, R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) (§ 3º , I, “b”). Diante do exposto, podemos concluir que cabe à fiscalização, examinar a situação fiscal e cadastral de cada uma das empresas, de “per si”, a fim de verificar se as mesmas reúnem as condições impostas para a fruição do benefício aqui tratado, da forma indicada no Decreto nº 4.316/95. É o parecer.

Da leitura do parecer acima, depreende-se que a conclusão final foi no sentido de que: “cabe à fiscalização, examinar a situação fiscal e cadastral de cada uma das empresas, de “per si”, a fim de verificar se as mesmas reúnem as condições impostas para a fruição do benefício aqui tratado, da forma indicada no Decreto nº 4.316/95.”

Observa-se no Decreto nº 4.316/95, que para determinar se o contribuinte tem ou não direito à fruição do benefício do diferimento, o preposto fiscal deve observar as condições estabelecidas no § 1º do art. 1º do referido Decreto, 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 e o artigo 6º do multicitado Decreto considera que o primeiro ano de produção, para os efeitos da alínea “a”, do inciso II, do § 1º, do artigo 1º, compreende o prazo decorrido entre o início da produção e 31 de dezembro do ano subsequente.

Ocorre que da leitura do Decreto nº 4.316/95, em especial os dispositivos acima mencionados, entendo que não há como inferir que o faturamento total das vendas da empresa autuada deva equivaler aos percentuais estabelecidos no inciso II do §1º do art 1º, do valor total do faturamento anual de todas as empresas do grupo, como entendeu a fiscalização, quando esclareceu que as três empresas possuem CNPJs distintos, mas como demonstrado, fazem parte de um grupo de empresas controladas/coligadas, sendo a 2ª e a 3ª empresas controladas direta ou indiretamente pela 1ª (99,99% das ações, em todos os casos). Assim, o autuado estaria em seu 4º ano de produção em 2003, e deveria apresentar uma proporção de, no mínimo, 50% de seu faturamento decorrente das vendas de produtos fabricados na unidade industrial, conforme previsto no Art. 1º, § 1º, inciso II, alínea “d” do Decreto 4.316/95.

Ademais, o Parecer nº 7.487, de fl. 228, emanado da Diretoria de Tributação – DITRI, acima transcrito, não deixa claro que o entendimento manifestado pela Infaz Ilhéus, deve ser adotado para o caso em questão.

Outrossim, de acordo com as informações trazidas pelo autuante, na planilha de fl. 07, o autuado atingiu o percentual de 43,8%, de vendas de produtos industrializados, superior ao exigido para o 2º ano de atividade, haja vista que iniciou suas atividades em abril de 2001, contando-se o período de 2001 e de 2002, como de primeiro ano de funcionamento, para fins de aplicação dos benefícios do Decreto nº 4.316/95. Analisando a referida planilha de fl. 07, verifica-se que no mesmo exercício (2003), a empresa Waytec Tecnologia atingiu o percentual de 98,59%, de vendas de produtos industrializados, o que me permite inferir que o contribuinte não apresentou a intenção de desvirtuar o estabelecido no Decreto nº 4.316/95.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206969.0018/04-3**, lavrado contra **WAYTEC MANUFATURA LTDA**.

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

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de outubro de 2004.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – RELATORA

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR