

PROCESSO - A. I. Nº 206969.0026/04-6
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e INVESTIPLAN COMPUTADORES E SISTEMAS LTDA.
RECORRIDOS - INVESTIPLAN COMPUTADORES E SISTEMAS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0137-03/06
ORIGEM
INTERNET - INFRAZ ILHÉUS
- 17/11/2006

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0404-12/06

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) FALTA DE ESTORNO. a.1) OPERAÇÕES DE ENTRADAS DE MERCADORIAS PARA LOCAÇÃO. É vedado ao contribuinte, creditar-se do imposto relativo à aquisição ou à entrada, de mercadorias para atividades alheias à comercialização. a.2) MERCADORIAS ADQUIRIDAS PARA COMERCIALIZAÇÃO E POSTERIOR IMOBILIZAÇÃO. Cabe, neste caso, a exigência do estorno do crédito. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS DE FATURAMENTO. ENTREGA FUTURA. FALTA DE ATUALIZAÇÃO DO VALOR DA OPERAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Ficou comprovado o destaque do imposto quando da emissão das notas fiscais de remessa, relativas ao faturamento para entrega futura com estorno do respectivo crédito fiscal. Modificada a Decisão recorrida. Infração improcedente. 3. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE APURAÇÃO. ESTORNO IRREGULAR DE DÉBITO. Restou caracterizada a ocorrência de operações sujeitas a tributação, cujos documentos fiscais, apesar de constarem o destaque do imposto, foram objeto de estorno do débito *a posteriori*. 4. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO. MULTA. Ficou caracterizado descumprimento de obrigação acessória, relativamente à intimação para apresentação de documentos no prazo de 48 horas, cuja penalidade já foi exigida em outra infração. Exigência fiscal insubstancial. Recurso de Ofício NÃO PROVIDO. Recurso Voluntário PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos Voluntário e de Ofício interpostos em face de Decisão, estando limitado o apelo empresarial às infrações 4, 5, 6 e 7, e o de Ofício à infração 10. As infrações objeto do apelo estão descritas nos seguintes termos:

INFRAÇÃO 4 - Deixou de efetuar o estorno de crédito fiscal de ICMS correspondente a entradas de mercadorias destinadas à locação, relativamente às Notas Fiscais de números 340410 e 340422 referentes à aquisição de 202 unidades de computador INFOWAY – ITAUTEC, escrituradas no Livro Registro de Entradas, no mês de novembro de 2002 com CFOP 2.12 (mercadoria adquirida de terceiro para comercialização). Valor do débito: R\$42.505,38.

INFRAÇÃO 5 - Deixou de recolher o ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, decorrente da imobilização de mercadorias de produção própria (amparado pelo Decreto nº 4.316/95 relativo ao benefício na industrialização de

produtos de informática com CPPs importados do exterior) e adquiridas de terceiros (no mercado interno e no exterior até outubro de 2003) sem efetuar o estorno do crédito correspondente pelas entradas dessas mercadorias e sem efetuar o pagamento do imposto pelas saídas dos produtos importados com diferimento, amparado pelo Decreto nº 4.316/95. Valor do débito: R\$198.488,86.

INFRAÇÃO 6 - Deixou de recolher o ICMS em virtude da não atualização do valor constante na Nota Fiscal emitida para simples faturamento nas operações de vendas à ordem ou para entrega futura. Valor do débito: R\$7.023,55.

INFRAÇÃO 7 - Recolhimento do ICMS efetuado a menos em decorrência de erro na apuração do imposto. Mercadorias tributáveis adquiridas de terceiros no mercado interno, com utilização de crédito fiscal nas entradas, destaque do ICMS nas saídas e estorno desse débito, utilizando indevidamente do benefício do Decreto nº 4.316/95. Valor do débito: R\$36.199,53.

INFRAÇÃO 10 - Deixou de fornecer arquivos magnéticos exigidos mediante intimação, com informações das operações e prestações realizadas ou entregou os referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitaram a sua leitura. Contribuinte usuário de SEPD para escrituração de livros fiscais e emissão de notas fiscais, tendo enviado os arquivos via SINTEGRA com divergências, em todos os meses, entre os valores informados no arquivo magnético e os valores registrados nos livros fiscais, sendo exigida a multa de 1% sobre as saídas registradas. Valor do débito: R\$345.028,86.

Em sede defesa firmada por advogado legalmente constituído, assevera o empreendimento de atividade industrial, o que legitimaria o gozo dos benefícios fiscais veiculados pelo Decreto nº 4.316/95, a partir do exercício de 2004. Refuta a acusação de adoção de terceirização, reconhecendo, contudo, atuação em parceria na fase de montagem dos equipamentos, entendendo que a importação de componentes é apenas um dos requisitos necessários ao gozo do benefício do diferimento. Acusa o agente fiscal de ignorar as alterações introduzidas pelo Decreto nº 7.739/99, pugnando pelo reconhecimento do direito ao diferimento, pois inexiste vedação legal para a compra de componentes e peças de empresas nacionais; a parceria industrial com a Netgate e a Digitron na produção de CPUs; e a locação de equipamentos de informática produzidos pelo defendant, integrantes de seu ativo.

Ao contestar a infração 4, o autuado alega que, sendo efetuado o estorno do crédito, surge o direito de se creditar pela imobilização da mercadoria, conforme determina o art. 20 da Lei Complementar nº 87/96, que transcreveu. Reitera o direito à compensação do crédito à razão de 1/48 avos, a teor da LC Nº 102/00, em que pese, segundo alega, inconstitucionalidade da restrição veiculada. Invoca doutrina de Ives Gandra Martins e Sacha Calmon Navarro Coelho, pugnando pela nulidade da autuação, pois a fiscalização “*deveria observar a diferença mês a mês entre o valor apropriado, tomando-se em conta a razão de 1/48 avos, e o que foi efetivamente compensado pelo contribuinte, de forma a incidir a penalidade apenas sobre esta diferença e não sobre o montante compensável constitucionalmente*”.

Para a infração 5, o contribuinte reitera o direito ao creditamento ainda que o bem tenha sido destinado ao ativo imobilizado. Aduz sobre a impossibilidade da destinação dos bens quando da aquisição, haja vista manter filial no estado do Rio de Janeiro, para onde transfere seu ativo fixo, operação esta não sujeita à incidência do ICMS, a teor da Súmula nº 166. Arrola os equívocos da planilha consubstanciados no anexo 2:

- 1) Débito apurado pela autuante oriundo de transferências de ativos imobilizados dentro do mesmo estabelecimento, de acordo com a Sumula nº 166 – STJ.
- 2) Lançamento de valor a título de “Outros Créditos” referente ao ativo imobilizado decorrente da locação de equipamentos que originariamente foram adquiridos para a atividade do estabelecimento, ficando no estoque, e, por força da LC Nº 102/00, os créditos devem ser aproveitados à razão 1/48 avos.
- 3) Em junho de 2003, foi estornado crédito no valor de R\$55.579,40, que a autuante deixou de considerar.

Ao impugnar a Infração 6, sustenta equívoco da fiscalização ao considerar os componentes isoladamente, sem reconhecimento do diferimento. Relaciona as Notas Fiscais nºs 15, 17, 19, 20, 178 e 180, para sustentar que na saída de simples remessa houve destaque de ICMS cujo crédito adquirido na entrada dessas mercadorias foi estornado em julho de 2003.

Na contestação da infração 7, defende o benefício fiscal para o conjunto de itens que compõem o computador, não devendo incidir o favor legal sobre as peças em apartado, pois somente o computador montado, formando uma unidade autônoma indivisível, merece a qualificação de bem de consumo. Alega nulidade, eis que a previsão legal da multa encontra-se revogada.

Ao defender-se da infração 10, o recorrente acusa o desencontro entre os fatos e a fundamentação da autuação.

Sustenta ainda pronto atendimento das 4 intimações fiscais, mantendo à disposição da fiscalização todos os documentos solicitados, ilidindo, assim, o dito embaraço. Invoca os arts. 26 e 108 do RPAF/99 e faz um histórico cronológico das intimações fiscais.

Relata o envio de intimações via e-mail para uma das funcionárias da empresa, não autorizada a receber intimações ou prestar esclarecimentos sobre a técnica fiscal e contábil da empresa, bem como os sócios da empresa, após a lavratura do presente Auto de Infração e seus anexos. Argumenta, que a jurisprudência do CONSEF é pacífica no sentido de que há necessidade de intimação pessoal ou via "AR" ao representante legal ou preposto devidamente cadastrado na SEFAZ. Neste sentido, cita alguns julgamentos do CONSEF: Acórdão nº 0613/01, da 3ª JJJ, Acórdão nº 0100/99, da 1ª JJJ; Acórdão nº 0648/99, da 5ª JJJ, Acórdão nº 0058-04/02, da 4ª JJJ.

Assevera o envio escorreito dos arquivos magnéticos, dentro dos padrões exigidos, tendo sido tais arquivos validados pelo SINTEGRA. Qualifica de equivocado a utilização da base de cálculo da multa exigida abrangendo todas as saídas, considerando que a atividade desenvolvida pela empresa inclui a locação, e no caso de simples remessa, as saídas não são tributáveis pelo ICMS, e por isso, houve a imposição da penalidade sobre a movimentação financeira, o que não é da competência tributária do Estado. Sustenta que as informações não prestadas decorrem da nulidade das intimações (4ª intimação), portanto inexistente dolo ou má-fé, salientando o desprezo da fiscalização pelas PAIDFs, o que tornaria ilegítimas a exigência das notas fiscais de entradas e saídas referentes ao período de janeiro a agosto de 2002 contendo os registros 50, 51 e 54, por conta da autorização da SEFAZ expedida em 19/12/01 para utilização de SEPD. Esclarece que o registro 54 contém os dados das notas fiscais emitidas por meio do sistema eletrônico, e como a primeira Nota Fiscal foi emitida pelo sistema somente em 06/09/02 (Nota Fiscal nº 001), a exigência do citado registro torna-se descabida por falta de emissão de notas fiscais pelo SEPD no período de 19/12/01 a 05/09/02. Cita e transcreve os arts. 19 e 39 do RPAF/99, além dos arts. 683, 686, 697, 699 e 708-B, do RICMS/97, e quanto à multa aplicada, transcreve o art. 42, inciso XIII-A, alínea "g", da Lei nº 7.014/96. Pleiteia, sucessivamente, a nulidade da autuação, pela desconsideração dos registros contábeis disponíveis, a improcedência, cancelamento ou redução das multas.

Na informação fiscal às fls. 1416-A a 1448, refuta a fiscalização o empreendimento de atividade industrial, constatando a venda ou locação de equipamentos de informática, reiterada por declaração inequívoca dos empregados. A documentação examinada indica que a última importação ocorreu em outubro/2003, encontradas notas fiscais de remessa para industrialização e retorno de industrialização a partir de setembro de 2003, conforme demonstram os documentos fiscais e a cópia do livro RAICMS, no Código Fiscal nº 5901 e nos meses seguintes com saídas para as empresas Digitron e Netgate. Certifica a terceirização dos serviços após análise do livro Registro de Empregados e da Folha de Pagamento e algumas folhas do livro Diário onde constam os registros dos pagamentos por prestações de serviços efetuados pela Digitron.

Reconhece a não essencialidade da importação de CPUs para fruição dos benefícios estabelecidos no Decreto nº 4.316/95, em que pese a ausência de provas de execução de atividade industrial, o que obvia a fruição dos favores legais veiculados pelo Decreto nº 4.316/95. Reitera a preponderância da execução da atividade de locação, conforme demonstração contábil às fls. 1420, mormente após 2004, quando se constata a ausência de industrialização.

Para manter a infração 4, sustenta a inexistência de direito ao crédito fiscal pelas entradas de mercadorias ou serviços quando as saídas posteriores não são tributáveis, salvo exceções previstas em lei, por tratar-se o ICMS de imposto não-cumulativo. Constatou, pelo exame da documentação, inclusive às fls. 815, a aquisição de mercadorias e o creditamento respectivo, sem que parte destas mercadorias tenha sido vendida, pois destinadas à locação. Nada obstante, sustenta o direito ao crédito, fulcrado art. 20 da LC Nº 87/96, o que revela evidente equívoco em face dos arts. 21 da LC Nº 87/96 e art. 100 do RICMS.

Esclarece a autuante, no pertine à infração 5 que as transferências de mercadorias ocorreram simultaneamente às imobilizações, e considerando que o autuado apresenta sempre saldo credor no livro RAICMS foi refeito o conta corrente fiscal do ICMS, tomando por base os valores escriturados no RAICMS, efetuando-se as exclusões e/ou inclusões dos valores apurados no levantamento fiscal, sendo apurado o imposto devido ou saldo credor em cada período. Quanto às transferências para a filial no Rio de Janeiro, diz que essas saídas são tributáveis, haja vista que o RICMS deixa claro que há incidência do ICMS nas operações de saídas de mercadorias, independente da natureza jurídica da operação, conforme arts. 1º e 2º, do RICMS-BA, que transcreveu. Quanto às planilhas apresentadas pelo autuado, diz que não tem lógica, uma vez que, ora mantém os valores lançados no levantamento fiscal (Anexo II), ora não considera os lançamentos feitos pela autuante e inclui no período de março de 2002 a agosto de 2004 valores lançados a crédito sem nenhuma explicação de origem desses créditos. Mantém integralmente a exigência fiscal.

No caso da infração 6, constata a inexistência de estorno de crédito no livro RAICMS, no mês 07/2003 (fl. 529), ao contrário do que afirmou o autuado. Cita exemplos e conclui que o autuado efetuou venda de mercadorias tributáveis, mas estornou indevidamente esse débito no livro RAICMS, conforme comprovado nos documentos fiscais.

Refuta, na infração 7, a arguição de nulidade, uma vez que a acusação apresenta-se clara, sem prejuízo de sua compreensão, em que pese indicação equivocada de dispositivo revogado. A autuação identificou recolhimento de ICMS insuficiente por conta de erro na apuração dos valores do imposto na comercialização de mercadorias tributáveis adquiridas de terceiros, sendo o erro decorrente da existência no mesmo documento fiscal de mercadorias amparadas pelos benefícios do Decreto nº 4.316/95 e mercadorias tributáveis normalmente (demonstrativo à fl. 4). Reitera a ocorrência de vendas de mercadorias adquiridas de terceiros como se fossem produzidas por seu estabelecimento, nos meses de dezembro 2001 e janeiro de 2002. Em 2003, deu saída de mercadorias, também adquiridas no mercado interno para comercialização, com utilização do crédito fiscal pelas entradas, e indevidamente o benefício da carga tributária prevista para os produtos importados com diferimento (art. 7º do Decreto nº 4.316/95).

Apesar de constatar a discrepância dos fatos com a capitulação legislativa, entende suficientemente clara a descrição da infração, viabilizando o direito de defesa. Sustenta o inatendimento empresarial das intimações para apresentar a documentação fiscal. Afiança a regularidade nas expedições das intimações, assentando que a fragilidade dos documentos que acompanham a defesa, sendo, ademais, contestado genericamente o presente Auto de Infração. Reitera a multa.

Em memoriais, o Autuado reitera as alegações defensivas, detalhando a parceria firmado com a Digitron e Netgate.

Convertido o PAF em diligência pela 3ª JJF, foi o autuante instado, em relação às infrações 6 e 10, a prestar os esclarecimentos, inclusive sobre a matéria veiculada nos memoriais, devendo, após cumprimento da diligência, reinaugurar o trintídio de defesa.

Assim sendo, esclarece o autuante que as entradas de monitores foram escrituradas como aquisição de mercadorias para comercialização, com utilização dos créditos fiscais de ICMS destacado nas notas fiscais. Citou exemplos, e disse que as saídas foram escrituradas sem destaque do ICMS nas notas fiscais e sem registro do débito nos livros fiscais, ou seja, o contribuinte utilizou crédito pelas entradas e não se debitou nas saídas.

Informou que todos os monitores foram adquiridos no mercado nacional, conforme demonstrativo às fls. 57/58 e 70/72, tendo o Autuado iniciado suas atividades industriais em 04/10/2001, primeira importação com desembaraço feito em 12/11/2001, e a última importação em outubro de 2003.

No que pertine à infração 10 certifica que o recorrente é usuário do SEPD e, portanto, é obrigado a fornecer os arquivos magnéticos, concluindo que a intimação para apresentar os arquivos com as retificações porque a ação fiscal foi encerrada com a lavratura do auto.

Após aventar a ausência de previsão legal para os memoriais, identificou notas fiscais de saídas referentes às remessas para industrialização, e de entradas, relativas às devoluções de industrialização emitidas pelas Digitron e Netgate. Refere-se ainda, a lançamento no livro Diário do autuado, referente ao pagamento pela prestação de serviço em favor da Digitron e Netgate, arrematando que as saídas para industrialização e as devoluções foram efetuadas sem destaque do ICMS nas notas fiscais, ou seja, sem débito e sem crédito do ICMS, conforme se pode constatar nas notas fiscais acostadas às fls. 232/242, a título de exemplo.

Intimado do resultado da diligência, limita-se o Autuado a reiterar as razões de defesa em relação à infração 6, adotando o agente fiscal a mesma postura.

Para a infração 10, assegura a regularização das inconsistências, apesar da ausência de intimação para tanto.

A 3^a JJF julga Procedente em Parte o Auto de Infração, rejeitando, a preliminar de nulidade, vez que a ação fiscal se desenvolveu regularmente, portanto, dentro dos parâmetros legislativos, tendo enfrentado todas questões postas na impugnação, e prestigiado os Princípios Constitucionais da Ampla Defesa e Contradictório. Declara ainda a incompetência para apreciar as alegações de constitucionalidade da legislação tributária estadual, na forma do artigo 167, I, do RPAF/99.

Ao conhecer da infração 4, o '*a quo*' pronuncia-se no sentido da vedação legal na apropriação de crédito de bens destinados à locação, consoante o art. 97, inciso IV, alínea "c" e § 2º, do RICMS/97, pois a receita derivada desta atividade não seria alcançada pelo ICMS. Portanto, não se cogita de crédito integral ou fracionário.

Concernentemente à infração 5, o '*a quo*' observa a ausência de impugnação específica, pelo que preserva, neste particular, a autuação ao fundamento de que o levantamento fiscal atingiu as mercadorias adquiridas para comercialização, sendo constatado que houve a sua imobilização sem o necessário estorno do crédito fiscal correspondente, conforme demonstrativo elaborado pelo autuante (fls. 20 a 34).

Restou, outrossim, mantida a infração 6, ante a ausência flagrante de demonstração das alegações empresariais, concernentes às operações de saída de simples remessa com destaque de ICMS e estorno do crédito adquirido na entrada dessas mercadorias em julho de 2003, atinentes às Notas Fiscais nº 15, 17, 19, 20, 178 e 180.

Constata o '*a quo*' que as Notas Fiscais nºs 15, 17, 19 e 178 foram emitidas sem destaque do ICMS, e as Notas Fiscais nºs 20 e 180 (remessa), que fazem referência às de nº 15 e 178, respectivamente, foram emitidas com destaque do imposto, mas houve estorno do débito, a teor das informações consignadas no demonstrativo elaborado pela autuante à fl. 50.

O autuado não logrou provar o destaque do ICMS na saída de simples remessa e o estorno do crédito adquirido na entrada das mercadorias descritas nas notas fiscais citadas.

Para manter a infração 7, o '*a quo*' invoca o art. 1º-A, II, "a" do Decreto nº 4.316, de 19/06/95, o qual contempla o diferimento para componentes, partes, peças e mercadorias destinadas à fabricação de produtos de informática, bem assim nas operações internas com matérias-primas, material intermediário e embalagens, partes, peças e componentes a serem utilizados exclusivamente no processo produtivo.

Certifica o '*a quo*' que o autuado adquiriu mercadorias de terceiros, as quais foram destinadas a consumidor final ou outro contribuinte do ICMS, não compondo, assim, a hipótese legislativa.

Conclui que nas operações descritas na infração 7, não houve industrialização, mas mera revenda.

Ao enfrentar a infração 10, a JJF reconhece a obrigatoriedade da entrega dos arquivos magnéticos devidamente corrigidos e documentação fiscal, constatando, contudo, a ausência de intimação do Recorrente para, no quinquídio, apresentar aqueles (arquivos magnéticos). Concluiu, destarte, pela não caracterização da infração na forma definida no art. 708-B, do RICMS/97, pelo que aplicou a multa de R\$90,00, capitulada no art. 42, inciso XX, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, suprimida ante o pagamento da multa de infração 11, o que evita a duplicidade de cobrança.

A Decisão ‘*a quo*’ desafia Recurso Voluntário tempestivamente interposto às fls. 1558/1602, pugnando pela reforma das infrações 4, 5, 6 e 7.

Reapresenta as mesmas alegações defensivas, reiterando sua vocação eminentemente industrial, portanto, lídima beneficiária dos incentivos veiculados no Decreto nº 4315/95.

Em outra frente, sustenta sua atuação em parceria na fase de montagem dos equipamentos, o que, segundo a perspectiva empresarial, corrobora sua vocação industrial. Salienta também a ausência de proibição legal para o arrendamento dos equipamentos que produz, integrantes de seu ativo imobilizado, sendo que tal atividade, igualmente, não compromete a preponderância de sua atividade industrial.

Reitera a remessa tempestiva dos arquivos magnéticos, dentro dos padrões exigidos, tendo sido tais arquivos validados pelo SINTEGRA.

Acoima de inconstitucional a Lei Complementar nº 102/2000, bem assim a violação dos Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade na aplicação das multas.

Assevera a licitude da conduta empresarial, aduzindo que a transferência de ativo entre matriz e filial localizados em Estados Federativos distintos não se constitui em fato gerador do ICMS.

Instada a d. Procuradoria, dignamente representada pelo Dr. José Augusto Martins Júnior, às fls. 1608/1615, recomenda o Não Provimento do Recurso Voluntário.

Invocando a legislação regente do IPI, a PGE/PROFIS desqualifica a vocação industrial aventada, entendendo tratar-se de empreendimento de atividade mista de compra de mercadorias e prestação de serviços destinada à locação, até porque desta atividade não resulta um produto novo ou unidade autônoma, decorrente da associação das peças utilizadas.

No exame das notas fiscais, constata a preponderância absoluta da atividade de locação em detrimento da atividade industrial, pois o faturamento decorrente da primeira supera em muito o faturamento resultante da segunda.

Entende acertado o lançamento do estorno de crédito, na medida em que o Recorrente não preenche os requisitos exigidos pelo Decreto nº 4316/95, mormente aqueles dispostos no art. 1º, parágrafo 1º, II, os quais obrigam o pretendente ao benefício a comprovar o faturamento progressivo das vendas de produtos por si industrializados de 25% à 50%, até o quarto ano de atividade.

No que concerne à infração 4, a PGE/PROFIS ressaltando a incompetência desta instância administrativa para apreciar as alegações de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual, assevera a vedação legal da utilização de crédito fiscal nas hipóteses de aquisições ou entradas de mercadorias ou bens adquiridos para locação a terceiros, salvo quando utilizados pelo contribuinte. Cita e transcreve o art. 97, da Lei Complementar nº 102/2000.

Reportando-se ao art. 1-A, I, ‘a’, do Decreto nº 4316/95, ilide as alegações recursais dirigidas à infração 5, pois as mercadorias foram adquiridas para comercialização, não se cogitando de apropriação do crédito por imobilização.

Para ratificar a infração 6, a PGE/PROFIS certifica que o recorrente não cuidou de emitir nota fiscal de simples faturamento, sem destaque do ICMS, para as operações de venda à ordem ou para entrega futura, e emissão de nota fiscal de venda quando da saída real da mercadoria.

No mesmo sentido, segue a análise da infração 7, pois o benefício contemplado no Decreto nº 4316/95 cabe apenas quando da utilização das peças e componentes de informática no processo produtivo, o que contrasta com a conduta empresarial de vendas de peças e componentes e embalagens de forma avulsa.

VOTO

O procedimento fiscal observou o devido processo legal, o contraditório e ampla defesa, tendo sido lavrado dentro dos parâmetros estabelecidos pelo art. 18 do RPAF. Todas as oportunidades, outrossim, foram criadas para a exteriorização da irresignação empresarial, pelo que se impõe o avanço no enfrentamento do mérito.

As provas coligidas nos autos militam no sentido da execução preponderante da atividade de locação em detrimento à atividade industrial. Portanto, '*data venia*', entendo não preenchidos pelo recorrente os requisitos exigidos pelo Decreto nº 4316/95.

Restaram evidenciadas a aquisição de mercadorias e a apropriação de crédito, tendo sido a maior parte destas mercadorias destinada à locação, atividade não alcançada pelo ICMS. Portanto, a teor do art. 97, inciso IV, alínea "c" e § 2º, do RICMS/97 e art. 97, da Lei Complementar nº 102/2000, não cabe creditamento, integral ou fracionário, decorrente de operações desta natureza. Mantida a autuação.

Impende salientar que os benefícios veiculados pelo Decreto nº 4316/95 não alcançam operações de venda de peças isoladas, portanto, descontextualizadas do processo produtivo. Outrossim, a imobilização dos bens adquiridos demanda a não habilitação aos aludidos favores fiscais.

Mister assentar a incompetência deste E. CONSEF para o exame de constitucionalidade da legislação tributária estadual, na forma do artigo 167, I do RPAF/99.

No que concerne à infração 5, a Decisão '*a quo*', igualmente, não merece censura. Os arts. 1º e 2º, do RICMS-BA, são categóricos ao tributar as operações de transferências praticadas pelo recorrente. Vale ressaltar a insubsistência das planilhas elaboradas pelo recorrente, vez que "...ora mantém os valores lançados no levantamento fiscal (Anexo II), ora não considera os lançamentos feitos pela autuante e inclui no período de março de 2002 a agosto de 2004 valores lançados a crédito sem nenhuma explicação de origem desses créditos."

Reitere-se que o recorrente, no caso da infração 5, não logrou preencher os requisitos impostos pelo Decreto nº 4316/95, máxime a aquisição de peças que integrem o processo produtivo na formação de um bem distinto sujeito à comercialização.

Ademais, conforme observou o '*a quo*', não ocorreu o estorno relativo às mercadorias imobilizadas, adquiridas para fins de comercialização. Mantendo a infração 5.

A infração 6, outrossim, deve ser reparada, uma vez que restou incontrovertido o preenchimento das exigências postas no Decreto nº 4.316, de 19/06/95, mormente para fins de concessão do benefício. Factualmente, restou comprovado o destaque do ICMS nas saídas de simples remessa, estornado o crédito respectivo em Julho/2003, conforme se depreende das Notas Fiscais nºs 15, 17, 19, 20, 178 e 180. Entendo, portanto, equivocada a conclusão '*a quo*', no particular, vez que o plexo probatório indica que o recorrente adquiriu insumos importados, que aplicou no processo produtivo, forjando uma utilidade nova destinada à comercialização. Provejo o apelo para julgar improcedente a infração 6.

No caso da infração 7, entendo incontrovertidas as operações de venda de mercadorias, o que afasta a subsunção ao art. 1º-A, II, "a" do Decreto nº 4.316, de 19/06/95 para fins de consecução do benefício nele veiculado. Isto porque, conforme ressaltou a PGE/PROFIS, o pressuposto para a habilitação do favor legal reside na utilização de peças, partes e componentes de informática em um processo produtivo, que, no caso, não existiu. Destarte, operação de mera revenda, distante, portanto, das condições exigidas pela legislação, não podem ser contempladas pelo benefício fiscal. Mantendo a infração 7.

Irreparável a Decisão primária no enfrentamento da infração 10.

Factualmente, não se mostra evidenciada nos autos a intimação do Autuado, para no prazo regulamentar de cinco dias, apresentar os arquivos magnéticos. Havendo, contudo, inobservância empresarial do prazo de 48 hs, concedido pela fiscalização, entendo, não apenas consentânea a ilação do ‘*a quo*’, como jurídica e em compasso com a atual conjuntura econômico-financeira das empresas.

O art. 42, XX, ‘a’, do RICMS, autoriza o posicionamento da JJF, ‘*in verbis*’:

“Art. 42.

(...)

XX - àquele que, dentro do prazo de 48 (quarenta e oito) horas, deixar de prestar esclarecimento ou informação, de exibir livro ou documento, arquivo magnético ou similar (exceto os arquivos contendo o valor das operações de entrada e de saída e das prestações de serviços efetuadas e tomadas), ou de mostrar bem móvel ou imóvel, inclusive mercadoria, ou seu estabelecimento a funcionário fiscal, quando por este regularmente solicitado:

a) R\$90,00 (noventa reais), pelo não atendimento do primeiro pedido;

Tendo sido recolhida a multa aplicada na infração 11, entendo acertada a Decisão ‘*a quo*’, evitando, desta forma, a oneração em duplicidade. Mantendo a Decisão primária por seus próprios fundamentos.

Assim, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício interposto e pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário apresentado, julgamento IMPROCEDENTE a infração 6.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício interposto e PROVER PARCIALMENTE o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 206969.0026/04-6, lavrado contra INVESTIPLAN COMPUTADORES E SISTEMAS LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$280.316,00, acrescido das multas de 60% sobre R\$278.866,29 e 70% sobre R\$1.449,71, previstas no art. 42, II, “a”, VII, “a” e “b” 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\$690,00, previstas no art. 42, XV, “d”, XIII, “c” e XX, da mencionada lei, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de setembro de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

BENTO LUIZ FREIRE VILLA NOVA – RELATOR

MARIA DULCE HASSEMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS