

A. I. N° - 294888.0001/09-0

AUTUADO - UNICOBA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.

AUTUANTE - ROMY SANTOS SILVA

ORIGEM - INFACIL ILHÉUS

INTERNET - 22.02.2010

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0007-01/10

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. **a)** DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES PAGOS E OS ESCRITURADOS NO LIVRO FISCAL. **b)** DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES LANÇADOS NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADA E O ESCRITURADO NO REGISTRO DE APURAÇÃO DO ICMS. Infrações reconhecidas. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ESTORNO DE DÉBITO EFETUADO IRREGULARMENTE. O autuado reconhece parte da exigência, contudo, quanto à parcela impugnada não traz aos autos elementos que comprovem que o estorno de débito atendeu as determinações do Decreto n° 4.316/95, conforme alegado. Infração subsistente. 3. IMPORTAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. DIFERIMENTO DO IMPOSTO UTILIZADO INDEVIDAMENTE. O diferimento do ICMS na importação de produtos previstos pelo Decreto n° 4.316/95, alcança os “*moduladores, demoduladores (modens)*” objeto da autuação, haja vista que no Anexo único da Portaria n. 895/99 constava expressamente a NCM 8517.5019 -“*Outros moduladores/demoduladores – (modem)*”. Refeitos os cálculos para exclusão da exigência dos valores relativos aos produtos contemplados pelo diferimento. Infração parcialmente subsistente. 4. LIVROS FISCAIS. **a)** REGISTRO DE SAÍDAS. ESCRITURAÇÃO EM DESACORDO COM AS NORMAS REGULAMENTARES. MULTA. Infração reconhecida. **b)** REGISTRO DE CONTROLE DA PRODUÇÃO E ESTOQUE. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. MULTA. Infração reconhecida. 5. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DMA. DADOS INCORRETOS. MULTA. Infração admitida pelo sujeito passivo. Afastada a preliminar de decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 31/03/2009, exige ICMS no valor de R\$ 375.582,98, além de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$740,00, decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS atribuídas ao autuado:

1. Recolheu a menos ICMS em decorrência de desencontro entre o valor escrutado no livro Registro de Apuração do ICMS, no mês de fevereiro, no valor de R\$ 52,73, acrescido da multa de 60%;

ACÓRDÃO JJF N° 0007-01/10

2. Recolheu a menos ICMS em decorrência de divergências entre os valores lançados no Livro Registro de Entradas de Mercadorias e escriturados no Livro Registro de Apuração do ICMS, no mês de março, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 963,42, acrescido da multa de 60%;
3. Efetuou estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto, nos meses de novembro e dezembro de 2004, janeiro a março e junho de 2005, agosto de 2006 e dezembro de 2007, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 86.914,98, acrescido da multa de 60%. Consta que foi feito a mais estorno de débito autorizado pelo Decreto nº. 4316/95, conforme demonstrativo das Saídas por CFOP e RAICMS, que seguem anexos autos;
4. Deixou de recolher o ICMS devido pelas importações tributadas realizadas pelo estabelecimento, nos meses de janeiro, abril e julho de 2004, janeiro, abril, maio, setembro e outubro de 2007, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 286.911,85, acrescido da multa de 60%. Consta que conforme se verifica do Demonstrativo Auditoria das Importações realizadas pela empresa no período fiscalizado, em anexo;
5. Escriturou Livros Fiscais em desacordo com as normas regulamentares, no exercício de 2007, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 140,00. Consta que conforme levantamentos fiscais, em anexo, que identifica diferenças nos lançamentos dos livros Registro de Entradas e Registro de Saídas;
6. Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS), no exercício de 2007, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 140,00. Conforme demonstrativos dos meses que apresentaram diferenças entre RAICMS e DMA e cópias dos DMA's, em anexo;
7. Deixou de escriturar livros fiscais, no exercício de 2007, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 460,00. Consta se referir ao Livro de Registro de Controle da Produção e Estoque dos exercícios fiscalizados, conforme declaração que segue anexa.

O autuado, através de advogados legalmente constituídos, apresentou peça impugnatória ao lançamento de ofício às fls. 435 a 457, sustentando que a autuação é totalmente insubstancial, conforme passa a expor.

Referindo-se à infração 01, admite ter incorrido em pequeno equívoco que resultou na diferença de R\$ 52,73, razão pela qual solicitou parcelamento, conforme pedido anexo (doc. 4).

No que concerne à infração 02, também admite ter incorrido em erro que resultou na diferença de R\$ 963,42, razão pela qual solicitou o parcelamento do referido valor (doc.4)

Com relação à infração 03, afirma que a irregularidade apontada neste item da autuação ocorreu apenas no mês de novembro de 2004, inexistindo irregularidade nos estornos realizados nos demais períodos apontados neste item da autuação.

Acrescenta que os documentos anexados (doc. 5) a impugnação comprovam a total regularidade das operações de estorno de créditos de ICMS que realizou.

No que tange à infração 04, afirma que a simples verificação das informações contidas na tabela que apresenta, demonstra que a maioria dos valores que estão sendo exigidos na autuação não é devida, conforme diz será verificado pela minuciosa análise de cada período de apuração realizada a seguir.

Afirma que, relativamente aos fatos geradores ocorridos em janeiro de 2004, o autuante apontou no relatório auditoria das importações a exigência de ICMS por conta da importação do item “MODULADORES, DEMODULADORES (MODENS)” NCM 8517.5010 sob a não consta de portaria SEFAZ que relaciona os produtos e compõe sistemática de diferimento nos termos do Decreto 4.316 de 1995.

Alega, preliminarmente, a ocorrência da decadência do direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário, em virtude de o lançamento de ofício materializado pela ciência do Auto de Infração, ter ocorrido no dia 06 de abril de 2009, data na qual já houvera decorrido o prazo quinquenal para o Fisco proceder a revisão de ofício do lançamento efetuado, operando-se, desta forma a decadência. Invoca para sustentar os seus argumentos lições de Paulo de Barros de Carvalho e Eurico Marques Diniz, assim como, os artigos 150,§4º e 156, V, do Código Tributário Nacional.

Acrescenta que no caso da autuação, os valores que declarou, por ocasião dos procedimentos utilizados na importação de matérias primas, portanto, lançamentos sujeitos a homologação posterior do Fisco nos termos do art. 150, § 4º do CTN, referem-se em sua totalidade ao mês de janeiro de 2004, razão pela qual o lançamento de ofício realizado em 06/04/2009 afigura-se claramente decaído.

Prosseguindo, diz que deve ser considerado ainda o fato de ter recolhido o ICMS relativo a aludida operação, conforme demonstra os documentos anexos (doc. 06), ao contrário do que consta no Auto de Infração.

Diz ainda que, mesmo que se considere que tal pagamento seja insuficiente o Fisco teve o lapso temporal de 05 (cinco) anos para revisar o lançamento efetuado, que além de informar à Fazenda sobre a ocorrência de fato imponível, recolheu antecipadamente os valores devidos, conforme preconiza o art. 150 do CTN que trata do chamado lançamento por homologação.

Sustenta que é fulgente que ocorreu a decadência do direito do Fisco efetuar a revisão do lançamento anterior e, consequentemente, o lançamento de ofício materializado no Auto de Infração em tela, sobre os lançamentos que efetuou durante o mês de janeiro de 2004.

Continuando, afirma que ainda que os períodos em cobrança não estivessem fulminados pela decadência, fato que se admite por mera hipótese e pelo livre exercício do debate de idéias há de se verificar que, ao contrário do que alega a autuação as operações que realizou durante o mês de janeiro de 2004 estão de acordo com as portarias da SEFAZ, no que diz respeito as hipóteses de diferimento aplicável as importações nos exatos termos do Decreto 4.316/95.

Ressalta que, no que diz respeito às importações realizadas durante o mês de janeiro de 2004 relativas a NCM 8517.5010 há uma particularidade atinente ao reagrupamento do referido código NCM, para qual a autuante não observou.

Diz que a Portaria SEFAZ nº 895 de 1999, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores em questão não previa expressamente a NCM 8517.5010, pois, trazia em seu bojo a previsão de diferimento do ICMS para a NCMs 8517.5011 e 8517.5012, cujas descrições eram: “*Moduladores/demoduladores digitais (banda base)*” e “*Moduladores/demoduladores analógicos, vel. £ 9.600 bits/s*”.

Salienta que, apesar de o autuante haver realizado a auditoria de importações analisando dentre outros documentos a DI – declaração de importação relacionada aos produtos importados, não se atentou ao fato que a NCM apontada na DI (8517.5010) fora fruto de agrupamento de NCMs, uma vez que na Tabela de incidência do IPI – TIPI vigente à época da ocorrência dos fatos geradores só havia a previsão de um único NCM (8517.5010) para o produto “moduladores/demoduladores (MODENS).

Alega que em observação da TIPI vigente à época, o Decreto Federal 4542 de 2002, era juridicamente impossível preencher a DI com as NCMs incentivadas (8517.5011 e 8517.5012), uma vez que tais NCMs sequer existiam, pois foram agrupados na NCM 8517.5010. Diz que na realidade, ocorreu uma falta de sintonia entre a alteração de codificação NCM na TIPI, que é realizada por meio de Decreto em nível Federal e a portaria autorizadora do diferimento do ICMS que é regida por ato do governo estadual da Bahia, o que se verifica facilmente ao se analisar a relação de có
veiculada pelo Decreto 3.777/01 vigente até 31 de dezembro de 2001,
8517.5011 e 8517.5012 discriminados na Portaria SEFAZ 895/99 estão pres

Registra que a partir das alterações subsequentes da TIPI o produto “modem” passou a ser classificado apenas pela NCM 8517.5010, ou seja, houve agrupamento de NCMs e a Portaria SEFAZ 895/99 não contemplou as sucessivas alterações da TIPI, sendo aplicável para tais casos as disposições do Convênio Confaz nº 117 de 1996, o qual dispõe sobre a manutenção do tratamento fiscal nos casos de classificações, agrupamentos e desdobramentos do código NCM, cuja eficácia de tal medida foi estendida a toda a legislação Estadual, conforme preconiza o art. 982- A do regulamento do ICMS, que reproduz.

Reitera que houve o reagrupamento de NCMs 8517.5011 e 8517.5012 na NCM 8517.5010, contudo, as alterações introduzidas pela TIPI não foram acompanhadas pela Portaria 895/99, razão pela qual a omissão do legislador estadual não pode ser utilizada como instrumento de punição, principalmente quando apontou na DI a NCM atualizada de acordo com a TIPI.

Sustenta inexistir qualquer infração que tenha sido praticada, sendo totalmente insubstancial a exigência fiscal, por conta das disposições do Convênio CONFAZ 117/96, incorporado ao RICMS/BA, que assegura a manutenção do diferimento do ICMS por conta do reagrupamento de NCMs ocorrido.

No que concerne aos fatos geradores ocorridos em abril de 2004, diz que no relatório auditoria das importações o autuante a exigência de ICMS por conta da importação do item “MODULADORES, DEMODULADORES (MODENS)” NCM 8517.5010 e do item “Caixas, caixotes, engradados, artigos semelh., de plásticos - OUTROS” NCM 3923.1090 sob a alegação de que tais produtos não constam de portaria SEFAZ que relaciona os produtos e componentes eletrônicos sujeitos à sistemática de diferimento nos termos do Decreto 4.316 de 1995.

Esclarece que, relativamente ao item NCM 3923.1090 os valores apontados na autuação serão objeto de parcelamento conforme requisição anexa (doc. 4), contudo quanto à NCM. 8517.5010, afirma que há uma particularidade relativa ao reagrupamento da referida código NCM, não observada pela autuante, pois, a portaria SEFAZ nº 895 de 1999 vigente à época da ocorrência dos fatos geradores em questão não previa expressamente a NCM 8517.5010, por trazer em seu bojo a previsão de diferimento do ICMS para a NCMs 8517.5011 e 8517.5012, cujas descrições eram: “Moduladores/demoduladores digitais (banda base)” e “Moduladores/demoduladores analógicos, vel. £ 9.600 bits/s”.

Alega que a autuante não observou que a NCM apontada na DI (8517.5010) fora fruto de agrupamento de NCMs, uma vez que na Tabela de incidência do IPI – TIPI vigente à época da ocorrência dos fatos geradores só havia a previsão de uma única NCM (8517.5010) para o produto “moduladores/demoduladores (MODENS), repetindo os mesmos argumentos acima apresentados quanto ao mês de janeiro de 2004, para dizer que inexistiu a irregularidade apontada na autuação.

Com relação aos fatos geradores ocorridos em julho de 2004, diz que no relatório auditoria das importações a autuante apontou a exigência de ICMS por conta da importação do item “MODULADORES, DEMODULADORES (MODENS)” NCM 8517.5010 e do item “OUTROS GRUPOS GERADORES DE ENERGIA EOLICA” NCM 8502.3100 sob a alegação de que tais produtos não constam de portaria SEFAZ que relaciona os produtos e componentes eletrônicos sujeitos à sistemática de diferimento nos termos do Decreto 4.316 de 1995.

Sustenta que, relativamente ao produto NCM 8502.3100 não há que se falar em diferimento, tampouco falta de recolhimento de ICMS, uma vez que o referido produto é acobertado por isenção conforme o Convênio ICMS 46 de 29/06/98.

Manifesta o entendimento de que os convênios celebrados no âmbito do CONFAZ autorizadores de benefícios fiscais e isenções têm status de Lei Complementar, nos termos do art. 155, § 2º, XII, alínea “g” da Constituição Federal, não tendo que se falar em recolhimento do ICMS, tampouco diferimento em razão de norma de hierarquia superior lhe outorgar a exoneração do pagamento do imposto por força de isenção.

Acrescenta que, por força da isenção veiculada por meio do Convênio fiscal relacionada a NCM 8502.3100 demonstra-se indevida.

Quanto à NCM 8517.5010 diz existir uma particularidade relativa ao reagrupamento do referido código NCM, não observada pela autuante, repetindo os mesmos argumentos apresentados relativos aos meses de janeiro e abril de 2004, para sustentar que a exigência é indevida.

Com relação aos fatos geradores ocorridos em 31/01/2007, 30/04/2007 e 31/05/2007, diz que a autuante apontou a exigência de ICMS por conta da importação dos itens NCM 8517.6284 –Roteadores com interface seria de 4 Mb; NCM 8517.6254 – Aparelhos de transmissão de dados de voz imagens; 8544200- Cabo elétrico munido de peça de conexão IN; 85.17.7099 – Outras partes; 8517.6277 – Radio Modem; NCM 8517.6255 – Placa fax modem montada; NCM 8543.7099 – Aparelhos Eletrônicos com função própria, sob a alegação de que tais produtos não constam de portaria SEFAZ que relaciona os produtos e componentes eletrônicos sujeitos à sistemática de diferimento nos termos do Decreto 4.316 de 1995.

Sustenta que das operações realizadas nos períodos acima apontados apenas a operação relativa à NCM 8517.6255 “Placa fax modem montada” – referente ao período 31/05/2007, efetivamente, não está sujeita ao pagamento do ICMS diferido por conta da importação, razão pela qual o referido débito foi objeto de pedido de parcelamento, conforme requisição anexa (doc.4).

Afirma que as demais operações de importação que realizou envolvendo as NCMS descritas acima, a despeito do que disse a autuante na autuação, todas as operações estavam sujeitas ao diferimento nos termos das portarias emitidas pela própria SEFAZ.

Acrescenta que nos períodos em exame, as operações de importação de itens classificados sob os NCMS 8517.6248, 8517.6254, 8544200, 8517.7099, 8517.6277, e 8543.7099 estavam sujeitas ao diferimento por força da Portaria n. 478 de 2007, que apesar de publicada em agosto de 2007, portanto em data posterior aos atos praticados, convalidou atos praticados anteriormente à sua vigência, conforme dispõem os arts. 1º e 2º, que reproduz.

Reitera que todas as operações de importação efetuadas no período de janeiro a maio de 2007 foram convalidadas pela Portaria n. 478 de 2007, que alterou a lista de produtos peças e componentes sujeitos ao diferimento do ICMS na importação, veiculada pela portaria 101 de 2005, razão pela qual os valores exigidos são indevidos.

No que concerne aos fatos geradores ocorridos nos meses de setembro e outubro de 2007, sustenta que as operações de importação de itens classificados sob a NCM 8517.6255 – Placa fax modem montada; NCM 8517.6284 –Roteadores com interface seria de 4 Mb, apenas a operação relativa a NCM 8517.6255 “Placa fax modem montada” de fato não está sujeita ao pagamento do ICMS diferido por conta da importação, razão pela qual o referido débito foi objeto de pedido de parcelamento, conforme requisição anexa (doc.4).

Quanto às operações de importação envolvendo a NCM 8517.6248 “Roteadores com interface seria de 4 Mb”, afirma que todas as operações estavam sujeitas ao diferimento nos termos da Portaria n. 478 de 2007, emitida pela SEFAZ/BA, haja vista que a referida portaria foi publicada em agosto de 2007, portanto em data anterior aos atos que praticou, acrescentando na lista de produtos, peças e componentes sujeitos ao diferimento na importação, as operações realizadas com a NCM 8517.6248 dentre outras, conforme dispõe o art. 1º, que transcreve.

Reitera que todas as operações de importação efetuadas no período de setembro a outubro de 2007 foram realizadas amparadas pela Portaria n. 478 de 2007, que alterou a lista de produtos peças e componentes sujeitos ao diferimento do ICMS na importação, veiculada pela Portaria n. 101 de 2005, razão pela qual os valores exigidos são indevidos.

No tocante à infração 05, reconhece o cometimento da irregularidade apontada, inclusive, esclarecendo que solicitou o parcelamento do valor exigido conforme

Quanto à infração 06, admite ter incorrido em erro, esclarecendo que o valor exigido, conforme pedido anexo(doc.4).

Relativamente à infração 07, reconhece o cometimento da irregularidade apontada, inclusive, esclarecendo que solicitou o parcelamento do valor exigido, conforme pedido anexo (doc. 4). Prosseguindo, diz que os consectários falecem, inexoravelmente, dada a inexistência do principal, não havendo de se cogitar em pagamento de juros, multas, correção monetária, multas por eventuais descumprimentos de obrigações acessórias e etc..

Conclui requerendo que o Auto de Infração seja julgado insubsistente.

A autuante prestou informação fiscal às fls. 505/507, na qual contesta os argumentos defensivos referentes à decadência do direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário, invocando o art. 965 do RICMS/BA.

Registra que o autuado reconhece as infrações 01, e 02, reconhece também o valor de R\$ 82.548,56, referente ao período de novembro de 2004 da infração 03, assim como, os valores de R\$ 3,59; R\$ 8.259,27 e R\$ 1.680,79, relativos aos períodos de 04/2004; 05/2007 e 09/2007 da infração 04. Diz ainda que o autuado reconhece o cometimento das infrações 05,06 e 07.

No respeitante à infração 03, afirma que o impugnante não anexa qualquer planilha e/ou levantamento capaz de modificar ou cancelar este lançamento.

Quanto à infração 04, sustenta que os argumentos defensivos não podem prosperar, haja vista que a exigência diz respeito ao ICMS importação exigido em razão de a NCM 8517.5010 não constar da Portaria n. 895/99, condição indispensável para que pudesse fruir do diferimento concedido mediante o Decreto n. 4316/95.

Acrescenta que o levantamento relativo ao exercício de 2004 foi retificado para excluir os valores reconhecidos e parcelados, assim como os valores relativos à NCM 8502.3100, pela isenção dada através do Convênio n. 46/98. Ressalta que no mês de janeiro de 2004 o ICMS importação foi recolhido a menos, conforme reconhece o próprio impugnante, persistindo, assim, a diferença.

Admite assistir razão ao autuado no que diz respeito aos valores referentes ao período de 2007, dizendo que estes desaparecem do demonstrativo de débito que anexa.

Finaliza opinando pela procedência parcial do Auto de Infração.

Intimado o contribuinte para ciência da informação fiscal este se manifesta (fls.530 a 533), dizendo que, além de reiterar todas as questões suscitadas, requer a juntada dos documentos anexados, que segundo diz afastam definitivamente os débitos apontados na autuação.

Quanto à decadência, reitera os argumentos de que esta ocorreu relativamente ao mês de janeiro de 2004.

Relativamente à infração 04, também reitera os argumentos consignados na defesa inicial.

Conclui requerendo que o Auto de Infração seja julgado insubsistente.

A autuante se pronunciou às fls. 543/544, dizendo que da análise das planilhas relativas à infração 03 apresentadas pelo impugnante, constatou que estas foram elaboradas de forma genérica, sem especificar os estornos de débito por CFOP, para determinar as diferenças porventura existentes entre a apuração realizada pelo autuado e os levantamentos que realizou. Acrescenta que, diante das irregularidades apontadas, as planilhas não foram acatadas para fins de modificação do crédito reclamado.

Finaliza opinando pela procedência parcial do Auto de Infração.

Consta à fl. 546, extrato do SIGAT referente ao parcelamento parcial do débito.

VOTO

Versa o Auto de Infração em lide sobre o cometimento de 07 infrações, as quais este reconhece, integralmente, as infrações 01, 02, 05, 06 e 07, e as infrações 03 e 04.

ACÓRDÃO JJF N° 0007-01/10

No que concerne à infração 03 - *Efetuou estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto* – verifico que o impugnante reconhece o cometimento da irregularidade apontada na autuação referente ao mês de ocorrência de 31/01/2004, no valor de R\$ 82.548,56, valor este que representa parcela significativa da exigência fiscal deste item da autuação que totaliza o valor de R\$ 86.914,98, correspondente aos demais meses indicados no Auto de Infração. Ou seja, a diferença não reconhecida importa no valor de R\$ 4.366,42, portanto, substancialmente inferior ao valor exigido.

Ocorre que, apesar de se insurgir contra a diferença acima referida, verifico que assiste razão à autuante quando afirma que as planilhas apresentadas pelo impugnante foram elaboradas de forma genérica, sem especificar os estornos de débito por CFOP, para determinar as diferenças acaso existentes, além de trazer várias divergências entre os valores de estorno de débito constante das referidas planilhas e os valores de estorno de débito lançados no RAICMS.

Efetivamente, constato a existência de divergências entre as planilhas elaboradas pelo impugnante e os registros existentes no livro Registro de Apuração do ICMS – RAICMS, no mês de janeiro de 2005, na planilha de fl. 535 com o RAICMS à fl. 73, que apresentam, respectivamente, o valor de estorno de débito de R\$ 434.939,01 e R\$ 435.300,47. Também no mês de fevereiro de 2005, a planilha de fl. 536 e o RAICMS à fl. 76 apresentam, respectivamente, o valor de R\$ 421.991,97 e R\$ 424.071,63. No mês de junho de 2005, a planilha de fl. 538 aponta o valor de R\$ 320.510,31, enquanto o RAICMS à fl. 88 indica o valor de R\$ 320.602,08. No mês de agosto de 2006, a planilha de fl. 539 traz o valor de R\$ 224.221,59, enquanto o RAICMS à fl. 133 aponta o valor de R\$ 224.682,87.

Diante disso, entendo que o argumento defensivo não pode prosperar, haja vista que os elementos apresentados não comprovam a sua alegação, melhor dizendo, permitem confirmar o acerto da autuação. Infração subsistente.

No que concerne à infração 04 - *Deixou de recolher o ICMS devido pelas importações tributadas realizadas pelo estabelecimento*, verifico que diz respeito às importações realizadas pelo impugnante, cujo imposto não foi pago por entender que tais operações estão amparadas pelo diferimento previsto pelo Decreto 4.316/95, entendimento este não acatado pela autuante que lavrou o Auto de Infração em lide, para exigir o imposto que considera devido.

A princípio, cabe-me apreciar a argüição de decadência do direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário referente ao período de janeiro de 2004, por entender o impugnante que deve ser aplicada a disposição do artigo 156,V, c/c o artigo 150, § 4º, do CTN, que prevêem o prazo de 05 (cinco) anos para constituição dos tributos declarados ao Fisco, sujeitos ao lançamento por homologação, como ocorre com o ICMS.

Isto porque as disposições do artigo 173, inciso I do CTN, que são as mesmas previstas no art. 107-A, inciso I do Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº. 3.956/81) e no art. 965, inciso I do RICMS/97, prevêem 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 e não da ocorrência do fato gerador, conforme o artigo 150, § 4º do CTN invocado pelo impugnante.

Na realidade, a incidência da regra do art. 150, § 4º do CTN diz respeito às situações nas quais a lei do ente tributante não fixa prazo à homologação, o que não vem a ser a presente situação, haja vista que o impugnante deixou de recolher parcelas do imposto devido, tendo a Fiscalização, de forma acertada, efetuado o lançamento correspondente à parcela não recolhida.

No caso em exame, o prazo para contagem referente ao período objeto do questionamento de 2004, se iniciou em 01/01/2005, com termo final em 31/12/2009.

Como a ação fiscal se iniciou em 05/01/2009 - data de emissão do Te (fl.07) - e o lançamento ocorreu em 31/03/2009, não há que se falar Fazenda Pública estadual constituir o crédito tributário.

É certo que, no presente caso, como o autuado deixou de recolher parcelas do imposto devido, agiu corretamente o Fisco ao efetuar o lançamento correspondente.

Vale registrar, que este tem sido o entendimento deste CONSEF em reiteradas decisões, a exemplo dos Acórdãos CJF n^{os} 0113/12-05, 0102/12-05 e 0004-11/06, a exemplo do Acórdão CJF nº. 0009-12/08, cujo voto do eminentíssimo relator Nelson Antonio Daiha Filho reproduzo parcialmente abaixo, a título ilustrativo:

“Inicialmente, passarei a enfrentar o Recurso Voluntário interposto pelo recorrente, em especial quanto à preliminar de decadência reiterada pelo sujeito passivo em segunda instância.

Rejeito a referida preliminar.

Este CONSEF tem firmado cristalinamente o entendimento de que o caso em apreço se refere a lançamento de ofício, devendo, por tal razão, ser cumprido o quanto 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, e estabelece o prazo de decadência de 5 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Ademais, como ressaltado no primeiro Parecer emitido pela Douta PGE/PROFIS, o STJ, através do Resp 63.529-2/PR, dentre outros julgados, vem decidindo nessa diretiva, sem prejuízo do fato de que o COTEB prevê em seu art. 28, de forma expressa, um prazo diferenciado, razão pela qual deve ser rechaçada a preliminar suscitada pelo autuado.”

Não acolho, portanto, a decadência argüida.

No mérito, observo que o Decreto n. 4.316/95 dispõe sobre o lançamento e o 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 industriais desses setores, sendo que, o seu art. 5º estabelece que os Secretários da Fazenda e da Indústria, Comércio e Mineração, no âmbito de suas respectivas competências, estabelecerão conjunta ou isoladamente, as condições necessárias à utilização do benefício, bem como, a relação dos produtos, componentes, partes e peças alcançados pelo benefício.

Através da Portaria n. 895, de 09 de julho de 1999, o Secretário da Fazenda determinou que o tratamento tributário de que cuida o Decreto nº 4.316, de 19 de junho de 1995, alcançará, exclusivamente, os produtos, partes, peças e componentes relacionados no Anexo Único da referida Portaria.

No Anexo único da mencionada portaria não consta expressamente a NCM 8517.5010 – “moduladores, demoduladores(modens-)”, o que motivou a autuação.

Alega o impugnante que houve o reagrupamento das NCMs 8517.5011 e 8517.5012 na NCM 8517.5010, contudo, as alterações introduzidas pela TIPI não foram acompanhadas pela Portaria 895/99, razão pela qual a omissão do legislador estadual não pode ser utilizada como instrumento de punição, principalmente quando apontou na DI a NCM atualizada de acordo com a TIPI.

Sustenta inexistir qualquer infração que tenha sido praticada, sendo totalmente insubstancial a exigência fiscal, por conta das disposições do Convênio ICMS n. 117/96, incorporado ao RICMS/BA, que assegura a manutenção do diferimento do ICMS por conta do reagrupamento de NCMs ocorrido.

Da análise das razões defensivas e contestação da autuante, assim como da legislação pertinente, concluo que assiste razão ao impugnante, haja vista que a NCM 8517.5010 apesar de, efetivamente, não estar relacionada expressamente no Anexo único da Portaria 1, através de Portaria 101 de 02 de março de 2005, sendo, posteriormente

Portaria n. 85, de 18/02/09, conforme se vê abaixo nas “Notas” existentes no próprio sistema de legislação da SEFAZ/BA:

“8517.50.10”

Excluído

Nota 2: O item 8517.50.10 foi excluído do Anexo Único pela Portaria nº 85, de 18/02/09, DOE de 19/02/09, efeitos a partir de 19/02/09.

Nota 1: Redação original, efeitos até 18/02/09:

“8517.50.10 Moduladores/demoduladores (modem)”

8517.50.21

POR ***T*** *ORTARIA N° 101 DE 02 DE MARÇO DE 2005*

(Publicada no Diário Oficial de 03/03/2005)

Alterada pelas Portarias n°s 575/05, 814/05, 218/06, 352/06, 478/07, 85/09, 159/09, 228/09. e 418/09.

Ver os arts. 2º da Port. n° 218/06, e 3º da Port. 352/06, que determina que, ficam convalidados os atos praticados em caráter precário antes da vigência desta Portaria, relacionados à aplicação do tratamento tributário previsto no Decreto n° 4.316/95, correspondente às operações realizadas com os produtos, partes, peças e componentes, indicados no artigo anterior, ressalvando-se que, a convalidação de que tratam os referidos artigos, não autorizam a restituição ou compensação de importâncias já recolhidas.

Relaciona os produtos, partes, peças e componentes relativos ao recebimento do exterior por estabelecimentos dos setores de informática, eletrônica e telecomunicações de que trata o Decreto n° 4.316/95 e dá outras providências.

O SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DA BAHIA, no uso de suas atribuições, e tendo em vista o disposto no Decreto n° 4.316, de 19/06/95, publicado no D.O.E. de 20/06/95,

RESOLVE

Art. 1º O tratamento tributário de que cuida o Dec. n° 4.316, de 19 de junho de 1995, alcançará, exclusivamente, os produtos, partes, peças e componentes relacionados no Anexo Único a esta Portaria.

Parágrafo único. O benefício previsto no Decreto a que se refere o caput deste artigo fica condicionado à prévia habilitação para operar no regime de diferimento, junto aos órgãos competentes da Superintendência de Administração Tributária, após aprovação de projeto pela Secretaria da Indústria, Comércio e Mineração.

Art. 2º Em consonância com o disposto no Convênio ICMS 117/96 a ocorrência de reclassificações, agrupamentos e desdobramentos de códigos da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias/Sistema Harmonizado - NBM/SH não implicam mudanças quanto ao tratamento tributário dispensado por esta Portaria em relação às mercadorias e bens classificados nos referidos códigos.

Art. 3º A inclusão de novos produtos, partes, peças e componentes ao Anexo a esta Portaria somente ocorrerá após análise e aprovação de pleito junto à Secretaria da Indústria, Comércio e Mineração.

Parágrafo único. Na hipótese de ocorrência do disposto no caput, ficarão convalidados os atos praticados em caráter precário anteriores a vigência da portaria que proceder a inclusão.

Nota 1: O parágrafo único foi acrescentado ao art. 3º pela Portaria n° 228, de 03/06/09, DOE de 04/06/09, efeitos a partir de 04/06/09.

Art. 4º Ficam convalidados os atos praticados em caráter precário antes da vigência da Portaria, relacionados à aplicação do tratamento tributário

correspondente às operações realizadas com os produtos, partes, peças e componentes, a seguir indicados:

(...)

Art. 5º Esta Portaria entrará em vigor na data da sua publicação.

Art. 6º Ficam revogadas as disposições em contrário e, em especial, a Portaria nº 895, de 09 de julho de 1999.

(...)

ANEXO ÚNICO

PRODUTOS, PARTES, PEÇAS E COMPONENTES

NCM DESCRIÇÃO

(...)

8517 - *aparelhos telefônicos, incluídos os telefones para redes celulares e para outras redes sem fio; outros aparelhos para transmissão ou recepção de voz, imagens ou outros dados, incluídos os aparelhos para comunicação em redes por fio ou redes sem fio (tal como um rede local (lan) ou uma rede de área estendida (wan)), exceto os aparelhos das posições 84.43, 85.25, 85.27 ou 85.28.”.*

Observo que o art. 2º da Portaria acima reproduzida estabelece que, em consonância com o disposto no Convênio ICMS 117/96, a ocorrência de reclassificações, agrupamentos e desdobramentos de códigos da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias/Sistema Harmonizado - NBM/SH não implicam mudanças quanto ao tratamento tributário dispensado por esta Portaria em relação às mercadorias e bens classificados nos referidos códigos.

Ademais, mesmo que assim não fosse há que se observar que a Portaria n. 895/99, apesar de não trazer expressamente o código NMC 8517.5010-“moduladores,demoduladores(modens)” contemplava expressamente o código NCM 8517.5019-“Outros moduladores/demoduladores” – (modem). Ou seja, em qualquer situação – NCM 8517.5010 ou NCM 8517.5019 - o produto “moduladores/demoduladores(modem)” se encontrava amparado pelo diferimento previsto no Decreto n. 4.316/95, no período autuado.

Assim sendo, a exigência referente à NCM 8517.5010-*moduladores,demoduladores(modens)*-, é indevida, sendo insubstancial a autuação referente aos meses de janeiro, abril e julho de 2004.

Convém consignar que, no exercício de 2004, apenas a exigência referente ao mês de abril não desapareceu totalmente, em razão de restar comprovado o cometimento da infração relativa à NCM-3923.1090, no valor de R\$ 3,59, inclusive, reconhecida pelo impugnante.

No que concerne ao mês de julho de 2004, vejo que acertadamente a autuante acatou o argumento defensivo e excluiu da exigência o valor de R\$ 13.688,16, relativo ao produto com NCM 8502.3100, haja vista que este goza de isenção, conforme previsto no Convênio n. 46/98.

No respeitante à exigência relativa aos meses de maio, setembro e outubro de 2007, assiste razão ao impugnante, haja vista que as operações com os produtos arrolados na autuação com NCMs 8517.6248, 8517.6254, 8522.2000, 8517.7099, 8517.6277 e 8543.7099, efetivamente, estavam amparadas pelo diferimento previsto no Decreto n. 4.316/95, pois relacionados no Anexo único da Portaria n.478/07, cabendo a exclusão da exigência, conforme procedido pela autuante na informação fiscal.

Quanto ao produto com NCM 8517.6255 – “*Placa fax modem*” – o p devido o imposto, tendo inclusive solicitado o pagamento parcelado de maio e setembro de 2007.

Diante do exposto, a infração 04 é parcialmente subsistente no valor de R\$ 9.943,65, ficando o demonstrativo de débito com a seguinte conformação:

Data de Ocorrência	ICMS devido (R\$)
30/04/2004	3,59
31/05/2007	8.259,27
30/09/2007	1.680,79
TOTAL	9.943,65

Relativamente às infrações 01, 02, 05, 06 e 07, conforme dito acima, o autuado reconhece o cometimento das irregularidades apontadas, inclusive, efetuando o pagamento parcelado do débito.

Diante do exposto, as infrações 01, 02, 03, 05, 06 e 07 são integralmente subsistentes e a infração 04, parcialmente subsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado o valor recolhido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 294888.0001/09-0, lavrado contra **UNICOBÁ INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$97.874,78**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, “a”, “b”, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$740,00**, previstas no art. 42, incisos XV, “d”, XVIII, “b” e “c”, com os acréscimos moratórios na forma da Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado o valor recolhido.

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”, 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, 08 de fevereiro de 2010.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR