

A. I. N° - 117808.0003/07-7
AUTUADO - SEMP TOSHIBA INFORMÁTICA LTDA.
AUTUANTE - ALZIRA LORDELO SANCHES, BERNADETE LOURDES LEMOS LORDELO e
MAURÍCIO SOUZA PASSOS
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET 01.03.2010

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0009-05/10

EMENTA: ICMS. IMPORTAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. OPERAÇÕES NÃO AMPARADAS PELO DIFERIMENTO. UTILIZAÇÃO DE BENEFÍCIO FISCAL EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Não restou comprovado que os produtos classificados na NCM sob os códigos 9009.99.10 e 9009.99.90, referem-se aos produtos constantes na Portaria 895/99, e relativas aos códigos 9009.99.10 e 9009.99.90, ou seja que as descrições possuem as mesmas características e funcionalidades. Foram excluídos da exigência fiscal os produtos sob o código NCM n° 481910.00 e 8507.80.00 pois constam do Anexo Único da Portaria n° 895/99, e estão amparados com o regime de diferimento do ICMS nas importações. Assim, remanesce em parte a exigência fiscal. Preliminar de nulidade rejeitada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 27/12/2007, exige ICMS no valor de R\$ 1.375.165,36 em razão da falta de recolhimento do ICMS devido pelas importações tributadas realizadas pelo estabelecimento, referentes a produtos que estão fora do Anexo Único da Portaria 895 de 09/07/99, e para os quais, não foram localizados no sistema CPT, processos de pedidos de desoneração do ICMS na importação, em caráter precário.

Consta que os autuantes verificaram que durante o exercício de 2002, os produtos discriminados no demonstrativo n° 01, tiveram suas importações desoneradas do ICMS, através das Guias para Liberação de Mercadoria Estrangeira (documentos anexos), com a informação que eles faziam parte da Portaria n° 895/99, o que não aceitam como verdade, e para comprovar isto, anexam, na íntegra, a citada portaria a este PAF.

O autuado ingressa com defesa, fls.221 a 225, e diz surpreendido com o auto de infração, pois no entender dos auditores fiscais, e conforme demonstrativo n° 01, os produtos importados no ano de 2002, cujas NCMs relaciona a seguir, não constariam da Portaria 859/99, e, por tal razão, não estariam desonerados do recolhimento do ICMS. São as seguintes NCMs: 90099910; 49111010; 90099990; 48191000; 74153300; 85175010; 83100000; 85078000.

Destaca que por ser beneficiado com incentivos fiscais estaduais, o Decreto n° 4.316, de 19 de junho de 1995, garante-lhe o regime de diferimento para o lançamento e o pagamento de ICMS, relativo ao recebimento do exterior de componentes, partes e peças, destinados à fabricação de produtos de informática, que se encontram relacionados em Portaria expedida pela Secretaria da Fazenda da Bahia.

Assim, as NCMs de produtos, partes, peças e componentes alcança do regime de diferimento do Decreto n° 4. 316/95, encontravam-s

895/99, a qual, no momento da fiscalização, já se encontrava revogada e substituída pela Portaria nº 101, de 2 de março de 2005, e suas respectivas alterações, ou seja as Portarias de nºs 575/05, 814/05, 218/06 e 478/07.

Entende que observando os termos da referida Portaria nº 101/05 e suas subsequentes alterações, é possível constatar-se que as NCMs destacadas no demonstrativo nº 01, encontram-se devidamente relacionadas entre os itens abrangidos pelo benefício do regime de diferimento do Decreto nº 4.316/95.

E mais, nos termos do artigo 4º da mesma Portaria nº 101/05, artigos 3º das Portarias nºs 575/05 e 814/05, artigo 2º da Portaria nº 218/06, artigo 3º da Portaria nº 352/06 e artigo 2º da Portaria 478/07, todos os atos relativos à concessão do tratamento tributário previsto no Decreto nº 4316/95, realizados em caráter precário, antes da vigência dos referidos normativos, foram por elas convalidados. Entende que a conduta adotada está acobertada pela retroatividade da lei tributária, art. 106, I CTN, que estabelece que a lei aplica-se a ato ou fato pretérito em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa.

Portanto a Portaria nº 101/95 e suas alterações posteriores lhe estão a garantir o benefício fiscal do Decreto em questão.

Diz que se bem observada a relação de produtos constantes no Demonstrativo nº 01, da presente autuação, será possível constatar que a mesma trata de produtos relacionados à matéria prima, material intermediário e embalagens, utilizados no processo produtivo, sendo assim, nos termos do art. 1º do Decreto nº 4.316/95, o lançamento do ICMS deve ficar diferido para o momento em que ocorrer a saída dos produtos decorrentes de tais matérias primas, material intermediário e embalagens.

Outrossim, alega que a capitulação da infração, além de ser ampla e genérica, não está adequada à situação ora constatada, e a final diante do exposto requer a improcedência do auto de infração.

Os autuantes prestam a informação fiscal, fls. 337 a 341, nos seguintes termos:

Afirmam que os produtos da NCM objeto do auto de infração não constam da Portaria 895/99, motivo da presente autuação.

Esclarecem que o artigo 2º da Portaria nº 895, diz que *“a inclusão de novos produtos, partes, peças e componentes no anexo a esta portaria ocorrerá após a análise e aprovação do pleito junto a Secretaria de Indústria e Comercio e Mineração”*, que após a sua apreciação é encaminhado à Secretaria da Fazenda para análise e parecer.

Assim, relatam que não encontraram nos registros da SEFAZ, e nem lhes foram apresentados, pelo contribuinte, os pedidos de inclusão destes novos produtos na portaria para a concessão do diferimento, contrariando assim o disposto no art. 2º da Portaria nº 895/99. Anexam o demonstrativo de pedidos encaminhados à SEFAZ, nos exercícios de 1999 a 2007, fls. 15 a 35, e salientam que não localizaram nenhum pedido.

Esclarecem o procedimento de liberação de entrada de mercadoria estrangeira, onde é emitida uma Guia para Liberação de Mercadoria Estrangeira sem Comprovação do Recolhimento do ICMS, constante neste processo, fls. 36 a 215, emitida em caráter provisório, normalmente, em função da urgência em liberar as mercadorias nos aeroportos brasileiros.

Aduzem que verificaram que em todas as Guias de Liberação, constantes neste processo, no campo 4.4 consta que a importação estava amparada pela Portaria nº 895/99, informação incorreta, porque no exercício de 2002, os produtos objeto da autuação não constavam na citada Portaria, conforme fls. 09 a 14 do PAF.

Lembram que o fato gerador da autuação é do exercício de 2002 e que o contribuinte não pode se apoiar no fato de o contribuinte respaldar-se na legislação em vigor em 2005. Salientar

nº 895/99 e também na 101/2005, que para haver a convalidação de atos precários é necessário um pedido através de processo, o que não aconteceu no exercício de 2002, conforme exposto acima e demonstrativos fls. 15 a 35 do PAF. Não aceitam o argumento de que o contribuinte tem direito à retroatividade, por tratar-se, segundo ele, de matéria interpretativa. Na verdade, trata-se de concessão de um benefício, matéria literal, onde o decreto deixa claro que para a concessão do benefício em questão, o produto tem que constar na Portaria nº 895/95, em vigor na época do fato gerador, na qual deve ser discriminado o seu produto e o código NCM.

Ratificam que o momento para lançamento e pagamento do ICMS, nos termos do art. 572 do RICMS/97, ocorre no momento do desembaraço da mercadoria, desde quando estes produtos não estavam inclusos no benefício concedido pelo Decreto nº 4.316/95, no exercício de 2002.

Relatam, a título de exemplo, que o contribuinte goza do benefício concedido pelo Decreto nº 4.316/95, o Projeto Probahia, criado com os objetivos de estabelecer parcerias com empresas de alta tecnologia para a produção e o desenvolvimento de equipamentos e o aumento da oferta de produtos eletroeletrônicos em substituição à importação de outros estados da federação e do exterior. Mas contrariando isso, a empresa hoje importa 100% de matéria prima, material de embalagem e mercadorias para revenda.

Verificaram também que nos processos de importação, fls. 184 a 188, 194 e 195, o produto código NCM 90099990 – cartucho de tonner para máquina fotocopadora eletrostática, adquirido para revenda, entra no Estado de São Paulo e de lá é distribuído para seus consumidores do sul e sudeste do país, comprovando que na verdade o benefício do diferimento do pagamento do ICMS na entrada de mercadorias do exterior, é concedido pelo Estado da Bahia, mas a mercadoria sequer transita pelo estado.

Com o objetivo de esclarecer melhor a questão, formularam consulta à DITRI- Diretoria de Tributação da SEFAZ, se para os produtos em questão, existia algum processo formal, de inclusão no benefício concedido pelo Decreto nº 4.316/95 e obtiveram como resposta, *“tendo em vista a portaria 814 de 27 de dezembro de 2005, informo que embora tenha havido a inserção do referido produto na portaria 101 através da referida portaria 814, com convalidação dos atos precários de desoneração – vide artigo 3º -, não houve solicitação por parte da empresa de liberação em caráter provisório do produto em referência no período citado por vocês, conforme consulta ao sistema CPT. Nesse sentido inaplicável a regra da convalidação nela citada.”* Opinam pela procedência do auto de infração.

Diante dos argumentos apresentados na defesa, a 4ª JF deliberou que o presente PAF fosse diligenciado à inspetoria de origem para que os autuantes intimassem a empresa a apresentar os Atos Precários, consoante exigência da Portaria nº 101/2005. Também foi solicitado que os autuantes esclarecessem quais são os produtos referentes à NCM 90099910, 90099990, cuja descrição encontra-se em branco no demonstrativo nº 01, fls. 05 a 07, cientificando o contribuinte e concedendo o prazo de 10 dias para que ele se manifestasse.

Os autuantes, após intimarem a empresa, prestaram os seguintes esclarecimentos, fls., 349 a 353 do PAF:

Que aguardaram até o final do prazo concedido na intimação, dia 16/04, das 10 as 12 horas, não tendo o contribuinte apresentado a documentação. Através de contato telefônico, foram informados da inexistência dos documentos solicitados. Com o objetivo de esclarecer as dúvidas quanto à legislação vigente no exercício de 2002, (Portaria nºs 895/99 e 101/2005), ratificaram a informação fiscal, citam a parte que trata do assunto solicitado, já constante às fls. 337 a 341, ressaltam que não encontraram nos registros da Secretaria da Fazenda e nem lhes foram apresentados pelo contribuinte, os pedidos de inclusão destes novos produtos na Portaria, para a concessão do diferimento para os mesmos, NCMs 90099910; 74153300; 40111010; 85175010; 00000000; 83100000; 48190000; 85078000, contrariando assim o disposto no

Anexam o demonstrativo de pedidos encaminhados à SEFAZ, nos exercícios de 1999 a 2007, fls. 15 a 35, onde não localizaram nenhum pedido, razão da lavratura do Auto de Infração.

Com relação ao pedido de diligência, esclarecem as descrições:

- NCM 9009.99.10 – cilindros recob. Mat. Semicondutor, p/apars.fotoc. fls. 201 e 202 do PAF.

Descrição detalhada da mercadoria: cilindro

- NCM 9009.99.90 – outs. Partes e acess. p/apars.fotocopia

Descrição detalhada da mercadoria: cartucho de tonner para máquina fotocopadora, conforme fls. 194 e 195 deste PAF.

Ressaltam que no demonstrativo nº 01, Importações, fls. 5 a 7 deste PAF, encontram-se em branco a descrição do produto código NCM 9009.99.90 e 9009.99.10, porque utilizaram para esta planilha informações do sistema Siscomex, alimentado pela Receita Federal, ao qual, o governo do Estado da Bahia tem acesso através de convênio, onde estes NCM citados não estão discriminados. Opinam pela procedência da autuação.

O sujeito passivo ao ser cientificado da informação fiscal, manifestou-se fls. 356 a 359 do PAF, na qual reafirma que as classificações fiscais (TIPI) nº 9009.99.10 e 9009.99.90, estão desoneradas do recolhimento do ICMS, albergadas pela Portaria nº 895/99, sendo certo que seu reconhecimento imediato apenas não foi possível dado a uma falha na redação dos dígitos de cada uma das classificações., ou seja houve uma discrepância apenas e tão somente no teor da Portaria com relação a um dos dígitos do código NCM adotado.

Aduz que as NCMs de produtos, partes, peças e componentes alcançados pelo tratamento tributário do regime de diferimento do Decreto nº 4.316/95, encontravam-se relacionados na Portaria nº 895/99, com seu texto original, independente das posteriores alterações trazidas pelas Portarias nºs 101/05, 575/05, 814/05, 218/06 e 478/07. Tanto é que as portarias seguintes emendaram esse engano, passando a constar a descrição correta ao lado dos códigos NCM adotados pela TIPI. Frisa que este é o entendimento da própria Fazenda Estadual que, em diversas ocasiões, já privilegiou o quanto adotado pela TIPI em detrimento de outros diplomas legais.

Requer que o CONSEF diligencie à DITRI, com o intuito de confirmar a identidade entre as descrições dos produtos classificados na TIPI sob NCM nº 9009.99.10 e 9009.99.90 e na redação original da Portaria nº 895/99, sob o código nºs 9009.90.10 e 9009.90.90, demonstrando que não houve qualquer irregularidade nas operações havidas pela impugnante, com relação a esses produtos, uma vez que os mesmos já se encontravam albergados pela Portaria em comento, muito antes da impugnante promover sua importação.

Com relação às demais NCMs abrangidas pela autuação ora combatida, além da convalidação trazida pelas Portarias nºs 101/05, 575/05, 814/05, 218/06 e 478/07, foi ainda constatada a existência de Autorização de Caráter Precário referente aos produtos em comento na própria DITRI.

No prosseguimento da instrução processual, o presente PAF foi diligenciado à DITRI, fl.367, para que fossem esclarecidas a identidade entre as descrições dos produtos classificados na TIPI sob NCM nº 9009.99.10 e 9009.99.90 e na redação original da Portaria nº 895/99, sob os códigos 900.99.10 e 9009.90.90, o que demonstraria que os mesmos já se encontravam albergados pela Portaria antes de sua importação.

Com relação às demais NCMs abrangidas pela autuação, o impugnante ressaltou a existência de autorização em caráter precário, referente a estes produtos, na DITRI. Deste modo, foi solicitado a confirmação da existência ou não dos referidos Termos de Autorização em caráter precário.

Em atendimento à diligência, a Diretoria de Tributação (DITRI), informou que: (fls. 368 a 369):

1 – No tocante à correspondência entre as descrições dos produtos códigos 9009.99.10 e 9009.99.90, com aquelas constantes na Porta

códigos 9009.90.10 e 9009.90.90, entendem que, com base nas notas técnicas abaixo transcritas, as descrições mencionadas podem ser consideradas correspondentes, visto que referem-se a produtos com as mesmas características e funcionalidades são:

Tecwin: Histórico

- 9009.99.10 – Cilindros recobertos de matéria semicondutora fotoelétrica de selênio ou suas ligas, para os aparelhos da subposição 9009.12;

9009.99.90 – Outros;

- “Ex” 001 – Aparelho de iluminação de originais para fotocopiadora, composta de lâmpada halógena, sensor de intensidade luminosa e chassis de cópia para fotocopiadora.

- “ex” 002 – Grampeador automático de cópia para fotocopiadora.

- “Ex” 003 – Pannel de controle para fotocopiadoras com displays mímico de cristal líquido.

Portaria nº 895/99:

- 9009.90.10 – Cilindro recob.selênio para aparelhos fotocópia, reprod. Indir.

- 9009.90.90 – Partes e acess. p/outros aparelhos de fotocópia/termocópia.

Quanto á existência de pedidos protocolados pela empresa autuada, relativos à liberação em caráter precário, incidente sobre a importação de bens, NCM 4911.10.10, 4819.10.00, 7415.33.00, 8517.50.10, 8319.00.00 e 8507.80.80, informa que não foram encontrados, no sistema informatizado da SEFAZ, quaisquer processos relativos a esta matéria e que tenham sido protocolados pela empresa no exercício de 2002, ou que se refiram às operações de importação efetuadas nesse ano. Ressalta que os códigos 4819.10.00 e 8507.80.00 constam do Anexo Único da Portaria nº 895/99, o que dispensaria a obrigatoriedade de solicitação de liberação precária quando da sua importação.

O autuado manifesta-se quanto à diligência, fls. 378 a 380, e reafirma que a convalidação dos atos praticados em caráter precário se deu automaticamente, com a edição das respectivas Portarias. Não há previsão expressa de que deveria preencher qualquer requerimento de ingresso de mercadoria com diferimento em caráter precário. Requer a improcedencia da autuação.

Na sessão de julgamento, de 05/09/2008, as auditoras fiscais, solicitaram, em nome dos princípios da ampla defesa e do contraditório, que o presente PAF fosse enviado à inspetoria de origem para que prestassem nova informação fiscal, quanto à diligência efetuada, no que foram atendidas.

Deste modo, os autuantes prestam nova informação fiscal, fls. 397 a 401, e relatam a resposta da gerente de Tributação, no sentido de que não houve solicitação da empresa de liberação em caráter precário do produto em referência, no período citado, conforme consulta ao sistema CPT. Parecer da DITRI anexo fls. 370 a 373, e 368 do PAF. Ressaltam que os códigos 4819.10.00 e 8507.80.00 constam da Portaria nº 895/99. O que dispensaria a obrigatoriedade de solicitação de liberação precária, quando da sua importação. Contudo não entendem o porque dos itens 9009.90.10 e 9009.90.90, que correspondem a 90% desta autuação, terem sido omitidos pelas pareceiristas naquele momento.

Chamam a atenção, em especial desta Relatora, de que após a comprovação de que não existia Atos Precários que permitissem o diferimento do ICMS na importação de produtos em questão a DITRI tenta enquadrar os produtos códigos NCM: 9009.99.10 e 9009.99.90 na Portaria 895/99. constante nas fls. 09 a 14 do PAF, alegando que houve erro na época da publicação da portaria, quando ela mesmo havia declarado que o produto em questão, só entrou no benefício através da Portaria nº 814/2005, e isto pode ser comprovado às fls. 370 a 373 deste PAF e também fls. 235.

Entendem não restar dúvida de que os produtos de código NCM: 9009.99.10 e 9009.99.90 também não constavam na Portaria nº 895/99, mas foram citados erroneamente

(Guias de Liberação de Mercadoria Estrangeira), sendo que o visto emitido em tal documento não tem efeito homologatório.

Em face das irregularidades apontadas, com as provas anexadas ao PAF, sugerem que após o julgamento, o mesmo seja encaminhado ao Ministério Público Estadual, para que sejam apuradas as seguintes irregularidades: 1) Preenchimento incorreto das Guias para Liberação de Mercadorias Estrangeiras, o que fez com que a Receita Federal liberasse a mercadoria sem recolhimento do ICMS devido. 2) Descumprimento do artigo 2º da Portaria nº 895/99.

Ademais, informam que não encontraram nenhuma prova de acompanhamento dos benefícios concedidos pelo Governo do Estado da Bahia, à Semp Toshiba Informática Ltda, desde 1998, através do Projeto Probahia, até a presente data.

Em diligência à ASTEC, a 4ª JF enviou o PAF, com vistas a que fiscal estranho ao feito refizesse o demonstrativo de fls. 05 a 07 do PAF, Demonstrativo nº 01, Importações, excluindo os produtos com a NCM 9009.99.10; 9009.99.90, 481910.00 e 8507.80.00. (fl.404).

Em atendimento foi elaborado o Parecer Astec nº 41/2009, fl. 406/407, onde consta a informação de que na planilha de fl. 408, estão os novos valores do ICMS apurados, após exclusão dos produtos acima indicados, demonstrativo de fls. 05 a 07 do PAF. Foi elaborado novo demonstrativo de débito, que resultou no ICMS no valor de R\$ 25.979,67.

Cientificado do resultado da diligência, o contribuinte, fls. 414 a 415, concorda com a exclusão dos produtos, todavia, quanto à exigência do montante de R\$ 25.979,67, insurge-se por não entender ser devido o imposto nas importações de produtos relativos às NCMs 49111010, 74153300, 85175010, 83100000, reiterando os termos da impugnação apresentada. Pede a improcedência da autuação, na totalidade.

Os autuantes, em contra-razões de fls. 420 a 427, discordam do resultado da diligência da ASTEC, conforme razões adrede expostas, pois os códigos NCM 9009.99.10; 9009.99.90 não constavam na Portaria 895/99, só tendo entrado para usufruir os benefícios do Decreto nº 4316/95, através da Portaria nº 814 de 27/12/2005. Estas Guias de responsabilidade de emissão e acompanhamento da DITRI foram emitidas de forma errônea, sendo considerados, portanto por esta fiscalização, como documentos inidôneos. Estes mesmos documentos inidôneos foram encaminhados à Receita Federal e serviram de base para a desoneração do ICMS na entrada das mercadorias em portos e aeroportos do país. Chamam a atenção de que, no momento da publicação da Portaria nº 814, fls. 437 e 438, em 27/12/2005, não existia nenhum processo de Atos Precários para desoneração do ICMS de produtos de informática, com base na previsão contida no inciso II do art. 1º do Decreto nº 4316/95.

Relatam o andamento do processo e ressaltam que quanto a alegação do contribuinte de que a DITRI emendou nas portarias seguintes o engano, não é verdade pois os produtos NCMs 90099990 e 90090010 só foram incluídos através da Portaria 814 de 27/12/2005, sendo que o fato gerador da autuação é referente às importações no exercício de 2002, em vigência portanto da Portaria 895/99.

Reclamam do fato de o processo ter sido novamente diligenciado à DITRI, em 27/06/2008, atendendo ao pedido do contribuinte, e apesar de constar todas as informações no processo, fls. 15 a 35, constarem o demonstrativo do CPT, no qual verifica-se que não existe nenhum Ato Precário, conforme pedido de diligência, fls. 367, dúvidas levantadas na ocasião que entendem estarem bem claras, no PAF e acessível no SIPRO da SEFAZ, conforme fls. 15 a 35.

Assim, aduzem que ficou claro para a fiscalização, que o contribuinte, ciente de que não possuía nenhum Ato Precário dos produtos objeto da autuação, e que os mesmos não constam na Portaria 895/99, pressiona o CONSEF para o encaminhamento deste PAF em diligência à DITRI, tendo alegado, fls. 357, parágrafo 2º: *“Contudo chegou ao conhecimento da autuada que as referidas classificações fiscais encontram-se sim albergadas pela Portaria ;*

reconhecimento imediato apenas não foi possível dado a uma falha da redação dos dígitos de cada uma das classificações, conforme se passará a demonstrar”.

Destacam que lhes chamou a atenção como é que somente em 23/04/2008, foi que o contribuinte tomou conhecimento, conforme citado no parágrafo anterior, que *“que as referidas classificações fiscais encontram-se sim albergadas pela portaria 895/99, sendo certo que seu reconhecimento imediato apenas não foi possível dado a uma falha da redação dos dígitos de cada uma das classificações, conforme se passará a demonstrar”.* Então perguntam como foi respaldado a ação de importar com desoneração do ICMS, no exercício de 2002?

Ressaltam que em 22/07/2008, a DITRI respondeu à diligência da 4ª JF, naquela ocasião tendo a auditora Sandra Urânia Silva Andrade, gerente da GECOT, aventado a possibilidade de os produtos códigos NCMs 90099910 e 90099990, serem considerados correspondentes, visto que referem-se a produtos com as mesmas características e funcionalidade.

Salientam que antes da lavratura do Auto de Infração, em 21/12/2007, fizeram uma consulta a Diretoria de Tributação, fls. 371 a 373 deste PAF, na qual a gerente da GECOT Sandra Urânia Silva Andrade, através de e-mail, confirma que :

1. Os produtos códigos NCM 90099910 e 90099990 não constavam no anexo único da Portaria nº 895/99.
2. Estes produtos entraram no anexo único da Portaria nº 101 através da Portaria nº 814/2005.
3. Informa “que embora tenha havido a inserção do referido produto na portaria 101 através da portaria 814, e com convalidação dos Atos Precários de desoneração – vide art. 3º - não houve solicitação por parte da empresa, de liberação em caráter precário do produto em referência no período citado por vocês, conforme consulta no sistema CPT. Neste sentido, inaplicável a regra da convalidação nela citada” fl. 372 deste PAF.

Conforme o relato acima, a gerente da GECOT que as orientou sobre a lavratura do auto de infração em dezembro de 2007, é a mesma auditora fiscal responsável pela resposta à diligência do CONSEF, fls. 368 e 369, em 22/07/2008. Claro, a contradição entre os pareceres (fls. 368 e 369, e 370 a 373).

Dizem que não aceitam a planilha proposta pela relatora com a exclusão dos produtos códigos NCM 90099910 e 90099990, que reduziria o auto de infração para R\$ 25.979,67. Juntam a este PAF nova planilha Demonstrativo de Importações nº 01, no valor de R\$ 1.365.267,80, fls. 428 a 430, na qual excluíram os produtos códigos NCM 48191000 e 85087000, que há tinham reconhecido que constavam na Portaria nº 895/99.

Comentam que em 2005, após auditoria da IFEP Industria descobrir que a empresa estava importando indevidamente com desoneração do ICMS, a DITRI, imediatamente, através da Portaria nº 814/05, incluiu os produtos NCM 90099910 e 90099990.

Apontam que o autuado usa da artimanha de tentar fazer com que os produtos de códigos NCM 90099910 e 90099990, sejam os produtos códigos NCMs 90099090 e 90099010, cujas descrições também são diferentes.

Ressaltam que estão convencidos de que agiram com rigor, que todas as provas constam no processo, que cumpriu com os prazos previstos no RPAF e elaboraram com cuidado as planilhas e documentos que foram anexados ao processo, solicitam a manutenção da procedência do Auto de Infração no valor de R\$ 1.365.267,80.

Caso ainda persistirem dúvidas, com base no art. 137, I, do RPAF/99, solicitam o envio deste PAF à Procuradoria Geral do Estado, para dirimir dúvidas quanto à aplicação da legislação diante dos pareceres contraditórios da GECOT/DITRI, relatados acima (fls. 368 e 369, e 370 e 373) considerando que:

1. A representatividade do código NCM 90099990 que é cartucho de tonner para máquinas copiadoras, destinados à atividade de leasing no sul e sudeste do país representa no valor total do auto de infração 90%.
2. O valor da infração passaria para R\$ 25.979,69.

VOTO

Inicialmente cabe analisar o pedido de nulidade do auto de infração, no tocante ao argumento de que a capitulação da infração, além de ser ampla e genérica, não estaria adequada à situação ora constatada. Rejeito o argumento apresentado haja vista que a descrição fática está clara e precisa, a empresa pode exercer amplamente o seu direito de defesa e quanto à capitulação da infração o RPAF contém dispositivo específico, art. 19, no sentido de que *“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.”*

Quanto ao pedido dos autuantes, de que o presente PAF fosse enviado à Procuradoria Geral do Estado, para dirimir dúvidas, entendo desnecessário, pois os pronunciamentos da DITRI são claros e a instrução processual foi elaborada de maneira pormenorizada, respeitando-se os princípios do contraditório e da ampla defesa, e o processo está em condições de ser julgado.

No mérito, está sendo exigido ICMS sob a acusação de que o estabelecimento autuado realizou importações tributadas, referentes a produtos que estão fora do anexo unico da Portaria 895 de 09/07/99, e para os quais, não foram localizados no sistema CPT, processos de pedidos de desoneração do ICMS na importação, em caráter precário. Em decorrência da irregularidade apontada, os autuantes verificaram que durante o exercício de 2002, os produtos constantes no demonstrativo nº 01, tiveram suas importações desoneradas do ICMS, através das Guias para Liberação de Mercadoria Estrangeira (documentos anexos), com a informação que eles faziam parte da Portaria nº 895/99, o que não aceitam como verdade e efetuaram o presente lançamento, com relação aos produtos de NCMS nºs. NCMS: 90099910; 49111010; 90099990; 48191000; 74153300; 85175010; 83100000; 85078000.

Inconformado com a autuação, o contribuinte, na peça defensiva destaca que por ser beneficiado com incentivos fiscais estaduais, o Decreto nº 4.316, de 19 de junho de 1995, garante-lhe o regime de diferimento para o lançamento e o pagamento de ICMS, relativo ao recebimento do exterior de componentes, partes e peças, destinados à fabricação de produtos de informática, que se encontram relacionados em Portaria expedida pela Secretaria da Fazenda da Bahia, Portaria nº 895/99, a qual, no momento da fiscalização, já se encontrava revogada e substituída pela Portaria nº 101, de 2 de março de 2005, e suas respectivas alterações, ou seja as Portarias de nº 575/05, 814/05, 218/06 e 478/07.

Argumenta ainda que, nos termos do artigo 4º da mesma Portaria nº 101/05, artigos 3º das Portarias 575/05 e 814/05, artigo 2º da Portaria nº 218/06, artigo 3º da Portaria 352/06 e artigo 2º da Portaria 478/07, todos os atos relativos à concessão do tratamento tributário previsto no Decreto nº 4316/95, realizados em caráter precário antes da vigência dos referidos normativos, foram por elas convalidados. Entende que a conduta adotada está acobertada pela retroatividade da lei tributária, art. 106, I, CTN, que estabelece que a lei aplica-se a ato ou fato pretérito em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa.

Os autuantes, no decorrer da instrução do presente processo administrativo fiscal, salientam, em suas várias manifestações, que solicitaram durante a ação fiscal, o pronunciamento da Diretoria de Tributação, DITRI, no sentido de que fosse esclarecido se os produtos em questão estariam amparados com o benefício fiscal da desoneração do ICMS nas Portarias nºs. 575/05, 814/05, 218/06 e 478/07, bem como se haveria autorização de inclusão

termos do art. 2º da Portaria nº 895, diz que “a inclusão de novos produtos, partes, peças e componentes no anexo a esta portaria ocorrerá após a análise e aprovação do pleito junto a Secretaria de Indústria e Comércio”, que após a sua apreciação é encaminhado à SEFAZ para análise e parecer, no que obtiveram a resposta negativa. Em consequência, efetuaram o lançamento.

De fato, após ter sido efetuada diligência, requerida pela 4ª JJF, no sentido de que a empresa apresentasse os Atos Precários, consoante exigência da Portaria 101/2005, no que não foi atendido, também foi solicitado que os autuantes esclarecessem quais são os produtos referentes à NCM 90099910, 90099990, cuja descrição encontra-se em branco no demonstrativo nº 01, fls. 05 a 07, tendo sido obtida a seguinte resposta: (fls. 349 a 353 do PAF)

- NCM 9009.99.10 – cilindros recob. Mat. Semicondut, p/apars.fotoc. fls. 201 e 202 do PAF.

Descrição detalhada da mercadoria: cilindro

- NCM 9009.99.90 – outs. Partes e acess. p/apars.fotocopia

Descrição detalhada da mercadoria: cartucho de tonner para máquina fotocopadora, conforme fls. 194 e 195 deste PAF.

Esclarecem os autuantes, que no demonstrativo nº 01, Importações, fls. 5 a 7 deste PAF, encontram-se em branco a descrição do produto de códigos acima citados, porque utilizaram para esta planilha informações do sistema Siscomex, alimentado pela Receita Federal, ao qual, o governo do Estado da Bahia tem acesso através de convênio, e estes NCM citados não estão discriminados.

Em decorrência do resultado da diligência, o sujeito passivo ao ser cientificado da informação fiscal, manifestou-se fls. 356 a 359 do PAF, e reafirmou que as classificações fiscais estão desoneradas do recolhimento do ICMS, albergadas pela Portaria nº 895/99, sendo certo que seu reconhecimento imediato apenas não foi possível dado a uma falha na redação dos dígitos de cada uma das classificações, ou seja, houve uma discrepância apenas e tão somente no teor da Portaria com relação a um dos dígitos do código NCM adotado.

Neste sentido, e para dirimir a questão provocado pelo contribuinte, nova diligência foi efetuada à DITRI, com o intuito de confirmar a identidade entre as descrições dos produtos classificados na TIPI sob NCM nº 9009.99.10 e 9009.99.90 e na redação original da Portaria 895/99, sob o código nº 9009.90.10 e 9009.90.90, ou sejam se os mesmos já se encontravam albergados pela Portaria em comento, muito antes do impugnante promover sua importação e com relação às demais NCMs abrangidas pela autuação, foi solicitado a confirmação da existência ou não dos referidos Termos de Autorização em caráter precário.

Em nova manifestação, a Diretoria de Tributação, DITRI, por meio da auditora fiscal Sra. Cristiane de Sena Cova, informou que : (fls. 368/369)

1 – No tocante à correspondência entre as descrições dos produtos classificados na NCM sob os códigos 9009.99.10 e 9009.99.90, com aquelas constantes na Portaria 895/99, e relativas aos códigos 9009.90.10 e 9009.90.90, entendem que, com base nas notas técnicas abaixo transcritas, as descrições mencionadas podem ser consideradas correspondentes, visto que referem-se a produtos com as mesmas características e funcionalidades, a saber:

Tecwin: Histórico

- 9009.99.10 – Cilindros recobertos de matéria semicondutora fotoelétrica de selênio ou suas ligas, para os aparelhos da subposição 9009.12;

- 9009.99.90 – Outros;

- “Ex” 001 – Aparelho de iluminação de originais para fotocopi halógena, sensor de intensidade luminosa e chassis de cópia para fo

- “ex” 002 – Grampeador automático de cópia para fotocopidora.
- “Ex” 003 – Pannel de controle para fotocopadoras com displays mímico de cristal líquido.

Portaria nº 895/99:

9009.90.10 – Cilindro recob.selênio para aparelhos fotocópia, reprod. Indir.

9009.90.90 – Partes e acess. p/outros aparelhos de fotocópia/termocópia.

Quanto à existência de pedidos protocolados pela empresa autuada, relativos à liberação em caráter precário, incidente sobre a importação de bens, NCM 4911.10.10, 4819.10.00, 7415.33.00, 8517.50.10, 8319.00.00 e 8507.80.80, informa que não foram encontrados, no sistema informatizado da SEFAZ, quaisquer processos relativos a esta matéria e que tenham sido protocolados pela empresa no exercício de 2002, ou que se refiram às operações de importação efetuadas nesse ano. Ressalta que os códigos 4819.10.00 e 8507.80.00 constam do Anexo Único da Portaria nº 895/99, o que dispensaria a obrigatoriedade de solicitação de liberação precária quando da sua importação.

Diante de todo o exposto, e de todos os esclarecimentos trazidos ao PAF, nos quais foram preservados os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, passo, na qualidade de Relatora, a analisar as razões da empresa, as informações fiscais, os Pareceres emanados pela DITRI, e a fundamentação legal da autuação, como segue:

Sob o aspecto material a interpretação das normas que estabelecem benefícios fiscais (regras de suspensão, exclusão do crédito tributário e de outorga de isenção), nos termos do art. 111 do CTN, Lei. 5.172/66, deve seguir a literalidade do texto. Exclui-se a possibilidade de interpretação extensiva e analógica, devendo o intérprete ter como referência o quanto contido no texto da norma. Nesse sentido se o benefício era condicionado a inserção do produto na tabela anexa à norma instituidora, este requisito há de ser observado sob o prisma da taxatividade. Só se encontra beneficiado o produto expressamente listado pelo legislador.

A posterior inclusão do produto, em norma de edição superveniente aos fatos geradores, há que ser considerado quando há possibilidade de retroação dos seus efeitos jurídicos. Em regra, as normas são editadas para produzir efeitos futuros, ou seja, para regular fatos que ocorrerão após a sua vigência. A retroatividade é exceção, aplicável, por exemplo, nas situações em que incidem normas apenadoras, cujas regras sempre produzem efeitos retro-operantes quando a norma posterior é mais benéfica que a anterior e desde que o caso não se encontre definitivamente julgado. É o que prescreve o art. 106, inc. II, letras “a”, “b” e “c” do CTN. O legislador também previu a possibilidade de retroação da norma “expressamente interpretativa (art. 106, I). A dicção “expressamente” revela que este tipo de norma, para produzir os efeitos retro-operantes, deverá indicar em seu corpo ou texto que a finalidade da sua edição foi para regular situação controversa que demandava esclarecimento pelo legislador, fazendo aí (o legislador originário) o papel da intérprete autêntico da norma por ele editada.

Ressalte-se que o uso da norma “meramente interpretativa” é criticada pela maior parte da doutrina, pois passaria o legislador usurpar função que a CF conferiu ao Poder Judiciário, de fazer a aplicação da lei no casos concretos controvertidos, e às instâncias administrativas de julgamento (sem o caráter de definitividade) que também possuem a prerrogativa de fazer a interpretação da norma diante de um caso concreto controvertido.

Portanto, à exceção das situações acima apresentadas, ou seja, 1) de expressa menção pelo legislador do efeito retroativo da norma editada, obedecidos os limites fixados na lei maior e no CTN (a exemplo dos princípios da anterioridade e anualidade, por exemplo), 2) as normas apenadoras mais benéficas e 3) as normas meramente interpretativas (situação excepcional), não há qualquer possibilidade de retroação normativa no âmbito do direito tributário.

Diante do exposto não vislumbro possibilidade de se acolher a manifestação acostadas às fls. 221 a 225, pois a mesma não se rev

direito positivado no ordenamento jurídico brasileiro. Em outras palavras: a Portaria nº 859/99 não contemplava em seu texto os produtos correspondentes aos códigos 90099910 e 90099990, que só passaram a ter o tratamento previsto no Decreto nº 4.316/95, a partir da edição da Portaria nº 101, de 2 de março de 2005 e suas respectivas alterações.

Sob o aspecto formal a Portaria nº 895/99 e as que foram posteriormente editadas, estabeleceram expressamente que a inclusão de novos produtos, peças partes e componentes, deveria ser precedida de um procedimento administrativo, junto à Secretaria da Indústria e Comércio da Bahia, para posterior análise e, se fosse o caso, aprovação, conforme comando inserido em seu art. 2º (Portaria nº 895/99). Logo, o procedimento administrativo para enquadramento dos produtos objeto da autuação não fora adotado pelo sujeito passivo. Acrescente-se que as manifestações trazidas pela DITRI em suas intervenções nos autos indicam expressamente que a empresa autuada não diligenciou nesse sentido, sendo a inclusão posterior dos códigos 90099910 e 90099990 ato unilateral do poder público, não havendo assim possibilidade de ratificação ou homologação dos mesmos se não fora provocada pela parte interessada.

A alegação de correspondência ou similaridade dos produtos referentes ao códigos NCMs 90099910 e 90099990, contida na manifestação da DITRI acostada às fls.368/369, não nos parece suficiente para produzir os efeitos pretendidos pelo autuado. Isto porque a manifestação da DITRI não foi taxativa, havendo apenas a menção de que, pela leitura das respectivas nomenclaturas “poderia” se chegar a uma conclusão de total correspondência das mercadorias, tendo em vista possuírem as mesmas características e funcionalidades. Entendo que o parecer em referência se revela inócuo para a solução da lide. Primeiro porque o mesmo não se encontra revestido de uma conclusão que espanque qualquer dúvida. Segundo, em virtude do mesmo não se encontrar fundamentado em nenhum dado técnico, se revelando como uma mera opinião, sem qualquer base probatória, seja de natureza documental, pericial ou qualquer outra fonte equivalente.

O Sistema Harmonizado possui regras de interpretação, e para a correta identificação de um código é preciso que façamos uso da NESH (Notas Explicativas do SH), que traz a designação e codificação das mercadorias.

Portanto para identificar a classificação de um determinado produto, além de conhecer a relação dos códigos da NCM, detalhados na TEC (Resolução Camex nº 43/2006) e na TIPI (Decreto 6.006/2006) ainda é necessário conhecer a NESH (IN RFB nº 807/2008). Esta seara pertence ao órgão Federal, que entendo legítimo para dirimir dúvidas quanto às classificações fiscais do Sistema Harmonizado/NCM.

Ademais, se revela desprovido de sentido que somente após 3 anos, tenha sido identificado uma provável correspondência dos produtos, quando todos nós sabemos que na área de tecnologia da informática, nesse intervalo de tempo novas tecnologias são incorporadas à produção industrial, assumindo novas características e conseqüentemente nova codificação pelo legislador federal. Ademais correspondência ou similaridade não significa identidade. Sob o prisma semântico correspondência equivale, segundo o “Aurélio” à relação de conformidade, correlação. Por exemplo, há correspondência entre beleza e simpatia, elas se complementam como atributos de uma pessoa, porém, esses dois atributos são distintos. Também sob o ponto de vista semântico similaridade significa algo que tem a mesma natureza, a mesma função, o mesmo efeito ou a mesma aparência, sem apresentar todavia identidade.

De todo o conteúdo dos autos, percebo que a empresa autuada precisa demonstrar cabalmente, inclusive por meio de um laudo Técnico emanado pela instância federal, que ateste a similaridade ou a correspondência dos produtos autuados com os produtos que já constavam na Portaria 895/99, para que possivelmente obtenha sucesso do seu pedido na esfera administrativa.

Outrossim, cabe salientar que no procedimento de liberação de entr
é emitida uma Guia para Liberação de Mercadorias Estranç

Recolhimento do ICMS, sempre de caráter provisório, sujeita à posterior homologação pelo fisco estadual, em função da urgência na liberação das mercadorias nos aeroportos e portos brasileiros, em função do tipo de produto e do alto custo de armazenagem. (Conv. ICMS 132/98).

Em vista do exposto entendo que produtos correspondentes aos códigos 90099910 e 90099990, objeto da autuação, não se encontravam albergados pelos benefícios do Dec. 4316/95, à época dos fatos geradores, portanto legítima a exigência fiscal no tocante a estes produtos .

Contudo devem ser excluídos da exigência fiscal os produtos sob o código NCM nº 481910.00 e 8507.80.00, pois constam do Anexo Único da Portaria nº 895/99, e estão amparados com o regime de diferimento do ICMS nas importações. Quanto ao pedido do sujeito passivo de que os demais produtos autuados também estariam desonerados do pagamento do ICMS nas importações, não pode ser acolhido haja vista que não foram encontrados no sistema informatizado da SEFAZ, quaisquer processos referentes à liberação em caráter precário, incidente sobre a importação de bens, NCM 4911.10.10, 4819.10.00, 7415.33.00, 8517.50.10, 8319.00.00 e 8507.80.80, no exercício de 2002, ou que se refiram às operações de importação efetuadas naquele ano.

Os produtos sob o código NCM 481910.00 e 8507.80.00, estão listados nos meses de junho/2002, no valor de R\$ 66,56 e no mes de setembro, no valor de R\$ 10.830,97.

Deste modo, o Auto de Infração fica parcialmente procedente no valor de R\$ 1.364.334,39, modificado os valores de ICMS referentes aos meses de junho e de setembro de 2002, sendo que no mes de junho o ICMS perfaz o total de R\$ 49.749,58 e no mes de setembro de R\$ 243.319,29. Contudo, saliento que no mes de junho de 2002, o demonstrativo de débito originário aponta o ICMS no valor de R\$ 48.816,14, mas no demonstrativo de débito o valor perfaz R\$ 49.816,14 (fl. 06), portanto existe uma diferença a favor do fisco, no valor de R\$ 1.000,00. Como o valor originariamente exigido é o limite a ser cobrado neste lançamento, correspondente ao fato gerador de junho de 2002, este permanece, sendo que em nova ação fiscal deve ser exigida a diferença de ICMS no montante de R\$ 933,44. Houve, portanto um erro material ao ser transportado o valor contido na planilha de fl. 06, para o demonstrativo de débito, referente ao mes de junho, mas no mes de setembro, o valor exigido fica alterado para R\$ 243.319,29, conforme demonstrativo de débito abaixo, sendo que os demais meses contidos no demonstrativo de débito do Auto de Infração, permanecem inalterados:

Data Ocorr	Data Venc	Base de calculo	Aliquota	ICMS
30/06/2002	09/07/2002	287.153,76	17	48.816,14
30/09/2002	09/10/2002	1.431.289,90	17	243.319,29

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **117808.0003/07-7**, lavrado contra **SEMP TOSHIBA INFORMÁTICA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.364.334,39**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de fevereiro de 2010.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – RELATORA

PAULO DA