

A. I. Nº - 207351.0005/08-6
AUTUADO - MEGAWARE COMERCIAL LIMITADA
AUTUANTES - JUAREZ ALVES DE NOVAES
ORIGEM - IFEP SUL
INTERNET - 21.03.2011

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0035-02/11

EMENTA: ICMS. BENEFÍCIO FISCAL. ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO. TRIBUTO RECOLHIDO A MENOS. O autuado é um estabelecimento industrial situado no pólo de informática de Ilhéus e beneficiário dos incentivos previstos no Decreto nº 4.316/95, apurou e recolheu o imposto a menos. Ficou demonstrado que parcela do imposto exigido foi recolhido pelo autuado. Infração mantida parcialmente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 29/09/2008, atribui ao sujeito passivo o recolhimento a menos do ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto. Consta que o contribuinte é beneficiário do Dec. 4316/95 a saber: 1) Crédito presumido de 100% nas saídas de produtos acabados produzidos pela indústria instalada no Pólo Industrial de Ilhéus (Art. 2º Dec. 4316/95); 2) – Carga tributária equivalente a 3,5% sobre o valor das saídas de produtos acabados adquiridos de terceiros (art. 7. I e § do Dec. 43.16/95); 3 – Outras as saídas fora do escopo das duas anteriores serão tratadas pela regra geral. ICMS reclamado no valor de R\$59.004,68, multa de 60%.

O autuado, às fls. 14 a 42, apresenta sua defesa, alinhando que é empresa instalada no Distrito Industrial de Ilhéus e dedicada à comercialização, importação e exportação de produtos de informática, telecomunicações e eletro-eletrônicos, entre outros, conforme descrito em seu Contrato Social (Doc. nº 1 e, nessas condições, e em vista do Decreto Estadual nº 4316, de 19.6.1995 (“Decreto nº 4316/95”), a requerente faz jus a tratamento diferenciado no tocante ao lançamento e ao pagamento do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e Serviços de Transporte Intermunicipal e Interestadual e de Comunicações (“ICMS”). Os benefícios consistem, basicamente, em:

- “(i) *Diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS na importação de componentes, partes e peças, destinados à fabricação de produtos de informática para o momento em que ocorrer a saída dos produtos resultantes do processo de industrialização (art. 1º);*
- “(ii) *Crédito presumido de 100% do ICMS destacado na nota fiscal, nas operações de saída dos produtos resultantes da industrialização, quando naqueles produtos forem aplicados os componentes, partes e peças recebidas com o tratamento previsto no item anterior (artigos 2º e 2-A).*
- “(iii) *Crédito presumido de 50% do ICMS destacado na nota fiscal, nas operações de saída interna de produtos acabados, recebidos do exterior já acabados, de forma que a carga tributária incidente corresponda a um percentual efetivo de 3,5% (três inteiros e cinco décimos por cento - artigo 7, inciso I).*
- “(iv) *Crédito presumido de 70,834% do ICMS destacado na nota fiscal, nas operações de saída interestadual de produtos acabados, recebidos do exterior já acabados com o tratamento previsto no primeiro item, de forma que a carga tributária incidente se iguale à estabelecida nas operações de saídas internas (artigo*

7, § único).”

Além disso, afirma o autuado, nos termos do artigo 87, inciso V, do RICMS/BA, que há redução da base de cálculo nas operações internas com aparelhos e equipamentos de processamento de dados e seus periféricos ("hardware"), inclusive automação, bem como suprimentos de uso em informática para armazenamento de dados e impressão, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7%.

Argumenta que o autuante supôs que a requerente teria aproveitado o crédito presumido de ICMS nas operações de saída de componentes, partes e peças - tributados à alíquota integral - quando estaria autorizada a fazê-lo somente nas operações de saída de produtos acabados. Deste modo, a fiscalização aplicou a alíquota de 12% indistintamente a todas as operações de saída internas e interestaduais, inclusive naquelas cuja carga tributária correspondia a um percentual efetivo de 3,5%.

Afirma que o autuante deixa muito claro que o único motivo pelo qual autuou a empresa é o de que esta enviou os Arquivos do Sistema Integrado de Informações Interestaduais com Mercadorias e Serviços ("SINTEGRA") sem o Registro 54, o que impossibilitaria *“a análise dos itens das notas fiscais de saídas, logo, impossibilita a classificação do produto (acabado ou componentes partes e peças)”*.

Afirma que o mesmo sem o Registro 54 do Arquivo SINTEGRA, fiscalização poderia, através das notas fiscais de saída, classificar os produtos, separando as mercadorias acabadas dos componentes, partes e peças. Se assim tivesse procedido, verificaria que a requerente fruiu os benefícios fiscais dentro dos limites estabelecidos pelo Decreto nº 4316/95.

Não concorda com a infração atribuída pela fiscalização sob o argumento de que é infundada e improcedente, razão pela qual apresenta defesa, para que seja julgado improcedente o Auto de Infração lavrado e, conseqüentemente, cancelada a exigência fiscal respectiva, pelos motivos a seguir expostos.

Afirma haver nulidade, pois o autuante presumiu que a requerente teria recolhido a menor ICMS por supostamente se aproveitar de benefícios do Decreto nº 4316/95 em situações que não eram por ele abrangidas. Tal presunção fica prejudicada pela análise das notas fiscais que suportaram as operações, cuja amostragem é anexada à presente Defesa (Doc. nº 4).

Procura lembrar que em face do princípio da tipicidade cerrada, o fato gerador do tributo não pode ser presumido, deve ser provado. Em que pese tais constatações, preferiu o Fisco cobrar o tributo supostamente devido, para, após a lavratura de Auto de Infração, transferir ao contribuinte o ônus da prova, em manifesta afronta ao disposto no artigo 113, § 1º, do Código Tributário Nacional ("CTN").

Traz doutrina sobre a questão e afirma que no máximo seria possível dizer que a requerente deixou de apresentar o Registro 54 dos Arquivos SINTEGRA, o que evidentemente não resultou em prejuízo algum para a Fazenda Pública e se diferencia diametralmente da acusação de falta de pagamento de ICMS imputada pela Fiscalização.

Consigna que é beneficiário do Decreto nº 4316/95, o qual concedia, nas condições determinadas na legislação, entre outros, (i) crédito presumido de 50% do ICMS destacado na nota fiscal, nas operações de saída interna de produtos acabados, recebidos do exterior com diferimento do imposto e; (ii) crédito presumido de 70,834% do ICMS destacado na nota fiscal, nas operações de saída interestadual de produtos acabados, recebidos do exterior com diferimento do imposto.

Complementa que nos termos do Decreto nº 4316/95, a requerente tem direito ao crédito presumido do imposto quando promove saídas internas ou interestaduais de produtos de informática acabados, de produção de terceiros, adquiridos no exterior (importados). Já as saídas internas e interestaduais de componentes, partes e peças é uma operação comum, tributada

conforme a regra geral. Portanto, é a distinção das mercadorias por CFOP, dentre outros elementos, que define o tratamento tributário que será concedido à operação.

Aduz que o relatório apresentado pelo autuante, a classificação dos produtos deve ser feita pelo Código Fiscal de Operação (“CFOP”), da seguinte maneira:

“Saídas de produção de terceiros com carga tributária de 3,5% (Art. 7º, I, e § único. Dec. 4316/95)

5.102 - Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros

6.102 - Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros

(...) Nesta medida, a transferência de componentes partes e peças, sob os CFOPs a seguir relacionados são tributados com alíquota integral por não haver previsão legal de crédito presumido para tais operações.

6.152 - Transferência de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros

5.949 - Outra saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificado

6.949 - Outra saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificado”

Complementa que a fiscalização afirma que os ajustes consistem “*em separar das saídas sob os CFOPs 6152, 5949 e 6949 os produtos acabados que são tributados a 3,5% dos componentes partes e peças tributados com alíquota integral*” e afirma que não pôde analisar os itens das notas fiscais, tampouco classificar os produtos, pelo fato de que a requerente não ter efetuado o Registro 54 em seus Arquivos Magnéticos.

Entende que, ainda que não dispusesse de todas as informações através do Registro 54 dos Arquivos Magnéticos, a análise minuciosa de todas as notas fiscais eximiria qualquer dúvida com relação ao correto pagamento do ICMS pela requerente. Todo o ICMS devido foi destacado nos documentos e recolhido aos cofres públicos.

Destaca que nos documentos elaborados, a fiscalização solicitou à requerente a apresentação de notas fiscais, da seguinte forma: “*(...) solicitamos ao contribuinte a apresentação de todas as notas fiscais de saídas ou simplesmente faço a autuação e aguardo o contribuinte informar dentre as saídas quais as que são produtos acabados e então expurgar a alíquota integral e colocar em 3,5%*”.

Todavia, continua o contribuinte, antes que pudesse entregar a documentação, a requerente foi surpreendida com a lavratura do auto de infração ora impugnado, concluindo pela necessidade de realização de Perícia, no intuito de analisar as Notas Fiscais e demais documentos que estão à disposição da fiscalização, para corroborar as alegações expostas. Todos os valores foram corretamente lançados e devidamente recolhidos aos cofres públicos.

Argui que, na hipótese de serem superados os argumentos até então expostos, a requerente entende que o auto de infração deve ser cancelado, ou ao menos reduzido, pelas razões de fato e de direito a seguir aduzidas.

Destaca, ainda, que a fiscalização, ao apurar os valores que supostamente deveriam ser pagos pela requerente, incluiu na base de cálculo do imposto que entende devido o valor referente ao Imposto sobre Produtos Industrializados (“IPI”). Todavia, nos termos do artigo 155, parágrafo 2º, inciso XI, da Constituição Federal em conjunto com artigo 13, parágrafo 2º, da Lei Complementar nº 87/96, o montante do IPI não integra a base de cálculo do ICMS quando a operação, realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado à industrialização ou à comercialização, configurar fato gerador de ambos os impostos.

Complementa que o estado da Bahia, por intermédio do artigo 55 do Decreto Estadual nº 6284, de 14.3.1997 (“RICMS/BA”), repetiu o mesmo teor das normas supramencionadas.

Conclui que, segundo as mencionadas disposições, o montante do IPI (I) não integra a base de cálculo do ICMS quando o produto for destinado à industrialização ou à comercialização; (II) integra a base de cálculo do ICMS quando o produto for destinado a uso e consumo ou ingressar ao ativo imobilizado da empresa adquirente, independente de o destinatário ser ou não ser contribuinte do ICMS.

Traz os ensinamentos de José Eduardo Soares de e decisão do STF sobre a matéria.

Consigna que não poderia ser exigido da requerente o recolhimento do ICMS supostamente devido, com o IPI integrando a sua base de cálculo, nas ocasiões em que a operação foi realizada entre contribuintes e relativa a produtos destinados à industrialização ou à comercialização, configurando fato gerador dos dois impostos, razão pela qual requer que se admite por apego ao argumento, a requerente entende que deve ser subtraído da base de cálculo do ICMS a parcela correspondente ao IPI, sob pena de violação às normas constitucionais e de enriquecimento ilícito do Estado.

Alinha, ainda, quanto à remessa de mercadorias para industrialização e conserto, que recebe de seus clientes diversos produtos a serem industrializados ou reparados. Além disso, a requerente também envia, por diversas vezes, produtos por ela adquiridos para conserto. Tanto a remessa para industrialização quanto a remessa para conserto, nos termos do artigo 341 do RICMS/BA, são albergadas pela suspensão do ICMS. Confira-se, abaixo, a redação da cláusula primeira do referido diploma legal:

Afirma que no período de janeiro de 2003 a dezembro de 2007, a requerente deu saída e recebeu diversas mercadorias destinadas a conserto, além de receber produtos para industrialização. Para tanto, segundo aduz, escriturou regularmente em seus livros fiscais de entrada e saída as operações de remessa e retorno.

Assegura que a fiscalização ignorou que nas operações de remessa de mercadorias para industrialização ou conserto há a suspensão do lançamento do ICMS e considerou os valores para efeito de cálculo do imposto supostamente devido.

Afirma haver mercadorias destinadas a industrialização ou conserto e posterior retorno, portanto, com suspensão do ICMS. Todas as remessas foram acobertadas por Notas Fiscais, que estavam - e estão - à disposição da Fiscalização.

Aponta que tem direito ao aproveitamento do crédito que era devido (e que foi destacado nas notas fiscais) a título de ICMS pelas operações de aquisição de monitores, conforme determina o artigo 87, inciso V, do RICMS/BA:

Assegura que a fiscalização desconsiderou por completo a existência de crédito a que a empresa tem direito na aquisição de monitores, o que é inaceitável. As operações de aquisição das mercadorias ocorreram, a requerente pagou pelas mercadorias adquiridas e escriturou as notas fiscais nos seus livros. Por outro lado, os fornecedores da requerente nas operações em questão destacaram o imposto devido por aquelas operações nas notas fiscais.

Afirma que, quando a requerente enviou seus arquivos magnéticos, o validador do SINTEGRA indicou advertências em relação a vários dados transmitidos. No entanto, e como afirmado no parágrafo anterior, esse sistema não informou, sequer deu indícios, de quais seriam as inconsistências verificadas. Assim, contratou os serviços da empresa Microsiga, considerada a maior empresa de softwares destinados à gestão empresarial da América latina, para que fossem rapidamente identificadas e retificadas as divergências que constavam de seus arquivos magnéticos. Não obstante, a Fiscalização lavra Auto de Infração, sob a premissa de que, sem o Registro 54, não tem acesso às informações necessárias à fiscalização da empresa e pressupõe que o ICMS foi recolhido a menor.

Destaca que a requerente busca apurar e solucionar os erros eventualmente existentes em seus arquivos magnéticos, através da contratação de uma equipe altamente capacitada, composta de profissionais especializados em contabilidade.

Requer o deferimento da produção de prova pericial, que se revela fundamental para a demonstração da veracidade dos fatos ora alegados e do justo julgamento da presente autuação fiscal. Por meio da realização de perícia contábil a requerente pretende demonstrar que as saídas internas e interestaduais de produtos, objeto da presente autuação, estão amparadas pelos benefícios do Decreto nº 4316/95, ressaltando que seria inviável apresentar todas as notas fiscais de entrada e de saída relativas ao período fiscalizado (1.1.2003 a 31.12.2007), dado o seu enorme volume.

Afirma anexar quesitos a serem respondidos pelo Sr. Perito, no curso dos trabalhos da perícia, protestando desde logo pela apresentação de quesitos complementares e/ou elucidativos, se entender necessário (Anexo 1). Além disso, no intuito de auxiliar os trabalhos periciais, indica como Assistente Técnico o Sr. Paulo Cesar Batista, com escritório à Alameda Mamoré nº 989, 3 Andar, 06454-040 Barueri/SP.

O autuante, às fls. 156 a 158, apresenta a informação fiscal registrando que objeto do presente lançamento é a magnitude precisa do Crédito a ser reclamado na forma da legislação pertinente. Afirma que elaborou a planilha demonstrativa da apuração do imposto onde objetivamente demonstra que a autuada, as operantes e os documentos fiscais que deram origem ao imposto ora reclamado. Tanto pela "regra geral" - decreto 6284/87 - quanto pela regra específica do incentivo fiscal - decreto 4316/95.

Portanto, afirma que a memória de cálculo e a legislação pertinente estão amplamente demonstradas na planilha v. fls. 6 a 11.

Consigna que o autuado pede a nulidade do auto, o que considera não pertinente, visto não há hipótese sequer que dê suporte ao pleito descabido da autuada. Afirma que o autuado alega, ainda, que a presunção elaborada pelo fisco fica prejudicada pela análise das notas fiscais que suportaram as operações, cuja amostragem e anexada a presente defesa (Doc. 4). Observa quanto a essa arguição que a "amostragem" das notas fiscais apresentadas (v. fls. 62 a 152), não guarda nenhuma relação com a autuação, pois não há reclamação de imposto para o mês de março de 2004, contudo a "amostragem" de notas fiscais apresentadas são todas do mês de março de 2004. Conclui que fica, portanto, totalmente prejudicada a argumentação.

Quanto ao parágrafo 13, da defesa, entende que, novamente a atuada incorre em equívoco. A infração foi absoluta e totalmente tipificada e demonstrada.

Afirma que a partir do § 19 até o § 29, atuada pede cancelamento da exigência fiscal com argumentação dispersa.

Registra que todo o levantamento que redundou na atuação foi feito com base nos livros fiscais apresentados pela atuada, segundo a codificação fiscal registrada pela atuada, codificação fiscal essa que é prevista na legislação do ICMS/BA, no seu anexo 2.

Afirma que foi entregue a atuada, no curso da fiscalização, um roteiro no qual o preposto fiscal explica o tratamento tributário para cada um dos CFOPs – códigos fiscais de operação sob a ótica do Dec.431/95.

Consigna que o roteiro que repetiu é do conhecimento da autuada, foi enviado no dia 01/10/2008 através e-mail anexado sob o nome "Roteiro aplicado Megaware ind.doc" (imagem abaixo) e o mesmo roteiro foi entregue em mãos ao representante da autuada em Ilhéus o Sr. Kuelfren, no dia 30/09/2008, vide folhas 57 a 60 do presente processo. Afirma se surpreender que a autuada, conhecedora do roteiro, apresente essas alegações tão desconectadas dos fatos, anexando espelho do e-mail por ele aludido.

Quanto aos §§ 37 a 47 da defesa afirma que a autuada cita operações tais como: remessa de mercadorias para industrialização, remessa para o conserto, aquisição de monitores, aproveitamento de crédito e encerra afirmando que “auto de infração deve ser julgado improcedente, ou, ao menos, ter o seu valor reduzido”.

Informa que cada uma das operações citadas em seus argumentos de defesa, estão contempladas nos CFOPs apresentados no roteiro de fiscalização e que este foi encaminhado à autuada, de outro lado as operações foram lançadas nos seus livros fiscais pela própria autuada. Afirma que fica a impressão que a autuada não analisou com acuidade o objeto da autuação e os demonstrativos apresentados.

Nos parágrafos 48 a 57 afirma que a autuada tenta justificar-se em relação à entrega de arquivos SINTREGA inconsistentes, sem a totalidade dos registros previstos na legislação.

Registra que esta é controlada pela Megaware Industrial Ltda., CNPJ 00.537.541/0005-87, e esta já foi autuada por inconsciência em seus arquivos magnéticos. Ambas operam no mesmo endereço, com os mesmos funcionários e se pautam pelos mesmos procedimentos e o fisco está no aguardo da regularização dos arquivos magnéticos.

Alinha que a partir do parágrafo 58 a 71 a autuada pede “realização de perícia” e arremata com um questionário, cujas respostas é do conhecimento da própria. Lembra mais uma vez que a autuação foi feita com base nos levantamentos efetuados cuja fonte dos dados foram os livros fiscais da autuada. Portanto é de estranhar o pedido de perícia e o questionário.

A 2ª JJF, à fl. 162, pede diligência para que o autuante apresente nova informação fiscal contemplando todos os pontos abordados na defesa.

O autuante, às fls. 164 a 186, apresenta nova informação fiscal afirmando foi solicita esclarecimentos sobre os pontos abordados pela impugnante, à fls. 14 a 34 a exemplo: da inclusão do IPI na base de cálculo; itens de perícia; crédito de monitores; aplicação indiscriminada de 12% sobre todas as operações; as remessas de mercadorias para industrialização ou conserto com suspensão do lançamento do ICMS e o auto de infração lavrado por presunção.

Informa que excluiu preliminarmente os argumentos “aplicação indiscriminada de 12% sobre todas as operações; as remessas de mercadorias para industrialização ou conserto...”. Todas as operações foram calculadas com carga tributária equivalente a 3,5% consoante art. 7º do decreto 4316/95. Aduz que para comprovar a essa assertiva basta verificar o item 7 “ICMS Devido” e o item 3 “BC do ICMS”.

Explica que a divisão do “ICMS devido” pela “BC do ICMS” equivale a uma carga tributária de 3,5% e não 12%. Entende que a autuada esqueceu-se de considerar o crédito presumido item 6. Em relação a operações de mercadorias para industrialização ou conserto com suspensão do lançamento do ICMS, afirma categoricamente que tais operações não foram objeto de autuação, sequer são citadas no presente PAF, basta olhar as planilhas folhas 06 a 11 para constatar que as únicas operações consideradas pelo fisco são as de vendas e/ou transferências de mercadorias adquiridas de terceiros, CFOPs 5152, 6152, 5102, 6102.

Quanto “ao auto de infração lavrado por presunção”, repele tal argumento e para tanto pede a todos que observem as planilhas de cálculo (folhas 06 a 11), onde estão elencadas cada uma das notas fiscais de saídas, com detalhes da operação, bem como o mecanismo de cálculo e a legislação reguladora da matéria. Isto posto passa aos demais argumentos de defesa.

No que se refere à inclusão do IPI na base de cálculo afirma que utilizou as informações contidas nas notas fiscais apresentadas pelo contribuinte, o que significa afirmar que a base de cálculo utilizada pelo contribuinte foi a base de cálculo utilizada pelo fisco. A suposição do fisco é que o contribuinte está utilizando a base de cálculo correta e de fato como podemos observar a título ilustrativo, nos meses de janeiro a novembro de 2003 os valores apurados pelo fisco e os valores apurados pelo contribuinte estão bastante próximos, a ponto de não ser objeto de autuação dada a

magnitude. No mês de dezembro de 2003, contudo, foi apurado um valor significativo (R\$30.051,81 v.fl.07) o que levou a autuação. Entende que não é plausível que tal diferença é decorrente da inclusão do IPI, sobretudo porque nos meses anteriores tal não se verificou. De qualquer modo aguardamos demonstração do contribuinte que comprove tal assertiva.

Em relação aos itens de perícia, fl. 33, aduz que são apresentados quesitos que serão devidamente respondidos a saber:

1. Queiram os Srs. Perito e Assistentes Técnicos informar quais os benefícios concedidos à requerente.

Responde o autuante que o contribuinte é beneficiário do Dec. 4.316/95, tal fato altera o tratamento tributário dado às operações por ele efetuadas na forma que segue: 1) Suspensão do ICMS devido pelas aquisições feitas no exterior; Crédito presumido nas saídas. Conforme artigos 1º. e 7º do Dec.4316/95.

Para um entendimento mais preciso apresenta a título de exemplo o mês de julho de 2003 e o mês de dezembro de 2003 um não apresenta diferença significativa e outro apresenta diferença.

Observa o modelo tradicional de apuração conforme a regra geral: base de cálculo multiplicada pela alíquota é igual ao imposto. Em seguida observa modelo com tratamento tributário diferenciado, conforme regra do dec. 4316/95.

Demonstra planilha com o cálculo conforme a regra geral (Mês de dezembro/2003).

Afirma que planilha d elabora demonstra o cálculo conforme benefício fiscal dec. 4316/95 (Mês de dezembro/2003).

Apresenta a planilha com a demonstração de todo o cálculo (Mês de julho/2003).

Apresenta planilha demonstra o cálculo conforme a regra geral (Mês de julho/2003).

Aduz que até o item 4 estão elencados todos os elementos caracterizadores de uma operação, o item 5 são operações sem incidência do imposto não considerados portanto na base de cálculo.

Elabora planilha que demonstra o cálculo conforme benefício fiscal Dec. 4316/95 (Mês de julho/2003).

Aduz que, a partir do item 6, afirma que os elementos de benefício previsto no Dec. 4316/95 ficam claros. O crédito presumido na forma do Art. 7º, do referido decreto, reduz o ICMS devido ao equivalente a uma carga tributária de 3,5%. Esta assertiva é facilmente comprovável, bastando dividir a o item 7 “Icms Devido”, pelo item 3 “BC do ICMS”. Considera assim explicados os benefícios fiscais conforme solicitado.

Art. 7º Nas operações de saídas internas de produtos acabados, recebidos do exterior com o diferimento regulado nos incisos II e III do “*caput*” do art. 1º, o estabelecimento que os importar lançará a crédito o valor correspondente ao indicado nos incisos abaixo, de forma que a carga tributária incidente corresponda a um percentual efetivo de 3,5% (três inteiros e cinco décimos por cento), observada a disposição do § 1º do art. 1º:

I - 50% (cinquenta por cento) do imposto destacado, sem prejuízo do disposto no inciso V do art. 87 do RICMS/BA, quando relativas a produtos de informática;

Item 6 = Redução de 70,834% do ICMS destacado nas operações interestaduais.

Parágrafo único. Desde que obedecidas às mesmas condições previstas neste artigo o estabelecimento importador lançará a crédito, nas operações de saídas interestaduais, o valor correspondente a 70,834% (setenta inteiros e oitocentos e trinta e quatro milésimos por cento), de forma que a carga tributária incidente se iguale à estabelecida nas operações de saídas internas.

1. Queiram os Srs. Perito e Assistentes Técnicos informar, com base na análise dos documentos disponibilizados, como eram feitos a apuração e o pagamento do ICMS.

Responde o autuante que ao perguntar "... como eram feitos a apuração e o pagamento do ICMS...", nos é dada a oportunidade de dizer que o trabalho da fiscalização, é exatamente de verificar se o valor apurado segundo o modelo utilizado pelo contribuinte está de acordo com a legislação pertinente. Portanto não há falar em "como eram feitos" há falar sim em "se foram feitos conforme a legislação". As nossas planilhas demonstram como foram feitos os cálculos, citamos a legislação que define a forma de fazê-los e comparamos os valores apurados pelo fisco, com aqueles outros apurados pelo contribuinte. V. planilhas fls. 06 a 11.

2. Queiram os Srs. Perito e Assistentes Técnicos apurar, com base na análise dos documentos disponibilizados, as importações feitas pela requerente, com indicação dos produtos, bem como do período em que tais importações ocorreram.

Responde que não vislumbramos correlação entre o quesito proposto e o objeto da autuação. De outro lado a informação solicitada pelo contribuinte o próprio já as tem, o que nos leva a concluir que tal solicitação é tergiversatória, não contribui para o melhor entendimento da lide. Não obstante, apresentamos a seguir as importações segundo fontes da Receita Federal do Brasil, SISCOMEX.

3. Queiram os Srs. Perito e Assistentes Técnicos apurar, com base na análise dos documentos disponibilizados, se os produtos importados acabados foram posteriormente vendidos no mercado interno. Pede-se ainda, ainda que sejam identificadas as notas fiscais de entrada e de saída e o modo pelo qual foi tributada a operação.

Resposta do autuante: Preliminarmente é preciso que fique claro que a expressão "mercado interno" abrange as operações internas– dentro do estado – e interestaduais. Isto posto podemos afirmar que a totalidade das operações de saídas foram para o mercado interno. As notas fiscais de entradas relativas às entradas pela aquisição no exterior são aquelas cujo código fiscal da operação é 3102. Que pode assim ser dividido: *3.000 -ENTRADAS OU AQUISIÇÕES DE SERVIÇOS DO EXTERIOR; 3102- Compra para comercialização*. Portanto toda nota fiscal cujo CFOP for 3102, trata-se de nota fiscal de entrada de mercadoria originária de aquisição no exterior, cuja destinação é a comercialização. Do lado das saídas adotamos procedimento análogo: todas as saídas cujos CFOPS sejam *5.152 e 6.152 - Transferência de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros e 5.102 e 6.102 Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros* são genericamente operações de saídas de mercadorias adquiridas de terceiros. O modo de tributação dá-se na forma do artigo 1º. e 7º do Dec. 4316/95, já anteriormente explicado. V. planilhas fls. 06 a 11.

Mais uma vez registramos a falta de nexo do quesito em relação ao objeto da autuação. Sem contar que tais questionamentos são desnecessários, pois todas essas informações são de pleno conhecimento da autuada.

4. Queiram os Srs. Perito e Assistentes Técnicos identificar as notas fiscais de saída de produtos acabados importados, de produtos industrializados de produção própria e de peças, partes e componentes.

Resposta do autuante: A tarefa de separar as notas fiscais de saídas de produtos acabados importados dos produtos oriundos de produção própria é relativamente simples. Os produtos acabados importados são vendidos e/ou transferidos sob os CFOPS 5102, 5152, 6102 e 6152. Já os produtos originados de produção própria são vendidos e/ou transferidos sob os CFOPS *5101- Venda de produção do estabelecimento, 5151- Transferência de produção do estabelecimento, 6101- Venda de produção do estabelecimento e 6151-Transferência de produção do estabelecimento*.

Não está totalmente claro o que pretende a autuada na segunda metade do quesito quando acrescenta a expressão "... e de peças, partes e componentes." Supomos que seja em relação a

produtos acabados. Se assim o for, informamos que tal diferença decorre da destinação que é dada ao produto. Essa matéria foi pacificada pelo CONSEF vide acórdão nº 0014-02/06 da 2ª JF, auto de infração 206969.0001/05-1 o qual transcrevemos a seguir:

“EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) ESTORNO DE DÉBITO EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO. Trata-se de crédito presumido previsto no art. 7º do decreto 4.316/95. O autuado é estabelecimento industrial situado no pólo de informática de Ilhéus. Importou mercadorias com diferimento do imposto, valendo-se da faculdade prevista no art. 1º do supracitado decreto. Ao revendê-los, fez uso de crédito presumido previsto no art. 7º. A partir da alteração introduzida no Decreto nº 4.316/95 pelo Decreto 7.3441/98, aplica-se o diferimento do imposto tanto nas importações de componentes, partes e peças (art. 1º, inciso I), quanto nas importações de produtos de informática adquiridos pelo estabelecimento industrial para revenda (art. 1º, Inciso III), e ao revender esses mesmos produtos, nas operações internas, o contribuinte faz jus ao crédito presumido do imposto (art. 7º).”

Portanto o tratamento tributário que é dado às saídas de um e outro é o mesmo, não concebemos razão tributária para diferenciá-los. Não vou me repetir quanto ao despropósito dos quesitos, faço, contudo um chamamento quanto ao fato de que na nossa autuação só ter sido considerados para efeito de apuração do imposto, os CFOPS 6102 e 6152 pois neles estão concentrados as operações da autuada. Qualquer operação diferente das citadas nos referidos CFOPS é pura especulação, pois sequer são citadas no auto.

5. Como complemento ao quesito anterior, queiram informar se a requerente distinguiu corretamente as mercadorias, e se apurou e recolheu corretamente o ICMS.

Resposta do autunte: Sim. Quanto à apuração e recolhimento não. Evidentemente a autuada não apurou e recolheu corretamente o ICMS, é por essa razão que foi lavrado o presente auto de infração.

6. Queiram os Srs. Perito e Assistentes Técnicos apurar se houve recolhimento do tributo no período que antecede outubro de 2003.

Resposta do autuante: Sim houve recolhimentos. V. item 8 da planilha de cálculo do imposto.

7. Queiram os Srs. Perito e Assistentes Técnicos informar se a requerente tinha direito ao crédito de monitores e se tais valores foram levados em consideração pela Fiscalização.

Resposta do autuante: Sim a autuada tem direito ao crédito por eventuais aquisições de monitores. Contudo não há registro de aquisições de monitores no período fiscalizado, por conseguinte, não há falar em aproveitamento de créditos oriundos de aquisição de monitores. De outro lado cabe registrar que as saídas de monitores nesses casos dar-se-ia com a gravação da alíquota cheia: 12% para operações interestaduais e 17% nas saídas internas.

Cabe registrar por oportuno que o decreto 4316/95 no seu artigo 4º, veda a utilização de créditos nas operações beneficiadas com o tratamento tributário ali previsto. Portanto carga tributária de 3,5% na dá direito a crédito.

Art. 4º Fica vedada a utilização de crédito fiscal relativo a operações ou prestações anteriores vinculadas à industrialização dos produtos abrigados pelo tratamento tributário previsto neste decreto.

Possivelmente a autuada refere-se às notas fiscais não lançadas na sua escrita fiscal, diante do que intimamos a autuada a apresentar notas fiscais de entrada e saída de monitores do período fiscalizado (2003 a 2005), para fazer o ajuste.

8. Queiram os Srs. Perito e Assistentes Técnicos apurar qual o valor do crédito que a requerente detinha na aquisição de monitores.

Resposta do autuante: Esta questão só poderá ser respondida com a apresentação das notas fiscais de entradas e saídas de monitores por parte da autuada.

9. Queiram os Srs. Perito e Assistentes Técnicos verificar se, nos valores cobrados através do Auto de Infração, houve inclusão do IPI da base de cálculo do ICMS. Em caso afirmativo, pede-se apresentar o cálculo dos valores, excluindo o montante de IPI da base de cálculo do ICMS.

Resposta do autuante: Os valores considerados pela fiscalização foram os mesmos utilizados pela autuada, vide planilha folhas 6 a 11. Ademais já respondemos tal quesito no início das nossas informações.

10. Como complemento ao quesito anterior, queiram informar se ICMS devido foi destacado nos documentos e recolhidos aos cofres públicos.

Resposta do autuante: Foram apurados e recolhidos em magnitude inferior à efetivamente devida.

11. Queiram os Srs. Perito e Assistentes Técnicos informar se a análise das Notas Fiscais e dos documentos disponibilizados pela empresa foi suficiente para classificar os produtos (acabados ou componentes partes e peças) e responder aos quesitos formulados.

Resposta do autuante: SIM.

12. Queiram os Srs. Perito e Assistentes Técnicos acrescentar dados e informações complementares que julgarem necessárias à elucidação das questões fáticas objeto da lide.

Resposta do autuante: Um processo administrativo fiscal busca reclamar eventuais créditos de imposto segundo um modelo e citamos a legislação que dá suporte ao modelo (v. folhas 06 a 11). Os dados utilizados foram fornecidos pela autuada e estão claramente detalhados, a fiscalização está totalmente receptiva a apreciar os elementos de defesa que tenham consistência e comprovação. Essas questões apresentadas de forma ambígua sem métrica para que se possa comparar valores, não contribui para clarear a lide.

O autuado, as fls., 198 a 201, após a dilação de prazo por ele solicitada para se manifestar, apresenta nova peça defensiva afirmando que já havia recolhido valor exigido em 31/12/2003, no valor de R\$30.051,81, conforme documento apresentado pelo autuado confirmando tal recolhimento em 06/02/2004, incluindo acréscimos moratórios.

Quanto à nota fiscal 258, da ordem de R\$14.984,53, não foi considerado o respectivo crédito.

Alega que foi emitida a nota fiscal de saída 3136, com destaque de ICMS de R\$13.800,15. Porém no mesmo mês essa venda foi cancelada e o produto devolvido à requerente, que por esta razão emitiu a nota fiscal de entrada nº 3138 com o destaque do mesmo ICMS R\$13.800,15, neutralizando a operação. Apresenta, à fl. 208, cópia reprográfica do Resumo da Apuração do Imposto onde no quadro "Crédito do Imposto" campo "Estorno de débito" está lançado o valor de R\$13.800,15, referente à nota fiscal 3136.

A 2ª JJF, à fl. 212, entende que é necessária nova informação fiscal e solicita através de diligência.

O autuante, às fls. 214 a 216, apresenta nova informação, reconhecendo o recolhimento pelo autuado do valor exigido em 31/12/2003, no valor de R\$ 30.051,81, conforme documento apresentado pelo autuado confirmando tal recolhimento em 06/02/2004, incluindo acréscimos moratórios.

Quanto à nota fiscal 258, da ordem de R\$ 14.984,53, que não foi considerado o respectivo crédito, segundo o autuado, este crédito seria suficiente para fazer frente ao valor autuado na ocorrência de 30/11/2004. Aduz o autuante que a nota fiscal em referência (fl. 205) refere-se a uma compra de componentes, partes e peças, compra esta feita junto a Alca Comercial e Informática Ltda.,

conforme DOE número 03 fl. 205. Alinha que a regra do art. 4º, dec 4316/95, veda a utilização de créditos, conforme reproduz o dispositivo.

Informa que o autuado alega que foi emitida a nota fiscal de saída 3136, com destaque de ICMS de R\$ 13.800,15, porém no mesmo mês essa venda foi cancelada e o produto devolvido à Requerente, que por esta razão emitiu a nota fiscal de entrada nº 3138 com o destaque do mesmo ICMS R\$ 13.800,15, neutralizando a operação. Apresenta, à fl. 208, cópia reprográfica do Resumo da Apuração do Imposto onde no quadro "Crédito do Imposto" campo "Estorno de débito" está lançado o valor de \$ 13.800,15, referente à nota fiscal 3136.

Informa o autuante que a qualidade dos documentos apresentados é bastante sofrível, a nosso juízo, compromete a prova em razão da dificuldade de leitura. Em seguida, alinha que, tão importante quanto, os valores constantes nas notas fiscais referenciadas não coincidem com os valores apontados pela autuada. Na cópia reprográfica da nota fiscal 3136 o valor destacado é de aparentemente R\$43.314,80, é com esforço que chegamos a essa conclusão, a rigor a qualidade do documento não permite afirmar categoricamente.

De igual modo o valor destacado na nota fiscal nº 3138 é de R\$43.314,80 este documento mais legível. Observa que estamos tratando de valores cujas magnitudes não guardam relação. Isto é, documento fiscal tem um valor e o lançamento no Registro de Apuração outro valor.

Alinha que a legislação do RICMS/BA no que toca ao cancelamento de documento fiscal, artigo 212 está regularmente observado quanto à forma, contudo não há falar em contrapor à autuação valores estranhos ao objeto da autuação. Lembra que o documento fiscal (nota fiscal) é que dá origem ao lançamento, qualquer divergência entre um e outro vicia o lançamento, conforme artigo 113 do RICMS/BA. Pelas razões expostas não estamos de acordo com a demanda da autuada.

Apresenta o demonstrativo de débito antes e depois das correções.

Consta, às fls. 217 e 218, documento de ciência da informação fiscal, concedida ao autuado, com o prazo de 10 dias para se manifestar, o que não mais ocorreu.

VOTO

O presente lançamento de ofício traz a exigência do ICMS relativo ao recolhimento a menos do ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto. Consta que o contribuinte é beneficiário do Dec. 4316/95 a saber: 1) Crédito presumido de 100% nas saídas de produtos acabados produzidos pela indústria instalada no Pólo Industrial de Ilhéus (Art. 2º Dec. 4316/95); 2) – Carga tributária equivalente a 3,5% sobre o valor das saídas de produtos acabados adquiridos de terceiros (art. 7. Dec. 43.16/95); 3 – Outras saídas fora do escopo serão tratadas pela regra geral. ICMS reclamado no valor de R\$ 59.004,68, multa de 60%.

Após a análise dos termos constantes na peça defensiva, concluo, de forma preliminar, pela rejeição das nulidades arguidas pelo autuado, uma vez que: a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável; não há falta de motivação, pois foram indicados os fatos que ensejaram o ato e os preceitos jurídicos que autorizaram a sua prática; resta clara a finalidade pública, bem como o objeto do ato que é a constituição do crédito tributário não recolhido aos cofres da Fazenda Pública Estadual. Foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que o autuado obteve as peças necessárias a sua defesa, bem como foram obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências formais. Não cabe, inclusive, a alegação que a exigência foi apurada com base em presunção, pois as planilhas de cálculo (folhas 06 a 11), onde estão elencadas cada uma das notas fiscais de saídas, com detalhes da operação, bem como o mecanismo de cálculo e a legislação reguladora da matéria, demonstra o contrário.

Com fulcro no art. 147, inciso I, “a” e inciso II “a” e “b” do RPAF/99, indefiro a solicitação de outra diligência e de perícia, pois os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos, além de não serem necessárias outras provas a serem produzidas, na medida, inclusive, que o autuante, em sua informação fiscal, responde de forma satisfatória cada um os quesitos alinhados pelo impugnante, de tal forma que em sua última manifestação não mais questiona ou mesmo se refere aos quesitos por ele relacionados.

O autuante, após duas diligências que resultaram em informações fiscais detalhadas, esclarece que todas as operações foram calculadas com carga tributária equivalente a 3,5% consoante art. 7º. do decreto 4316/95. Aduz que para comprovar essa assertiva consta o item 7 “ICMS Devido” e o item 3 “BC do ICMS”. Não restou mais dúvidas que o autuante efetuou a divisão do “ICMS devido” pela “BC do ICMS” equivalente a uma carga tributária de 3,5% e não 12%. Em relação a operações de mercadorias para industrialização ou conserto com suspensão do lançamento do ICMS, tais operações não foram objeto de autuação, conforme alinha o autuante, sequer são citadas no presente PAF, basta olhar as planilhas folhas 06 a 11 para constatar que as únicas operações consideradas pelo fisco são as de vendas e/ou transferências de mercadorias adquiridas de terceiros, CFOPs 5152, 6152, 5102, 6102.

Quanto à inclusão do IPI na base de cálculo o autuante demonstra que utilizou as informações contidas nas notas fiscais apresentadas pelo contribuinte, o que significa afirmar que a base de cálculo utilizada pelo contribuinte foi a base de cálculo utilizada pelo fisco. A ilustração ficou por conta da demonstração nos meses de janeiro a novembro de 2003, onde os valores apurados pelo fisco e os valores apurados pelo contribuinte estão bastante próximos, a ponto de não ser objeto de autuação dada a magnitude.

Verifico em objetiva análise que a lide se resumiu às arguições do autuado, as fls., 198 a 201, em relação às quais constato que efetivamente, quanto ao primeiro ponto, o autuado recolheu o valor exigido em 31/12/2003, no total originário de R\$ 30.051,81, conforme documento apresentado pelo autuado confirmando tal recolhimento em 06/02/2004, incluindo acréscimos moratórios.

Em consonância com o autuante, considero que à nota fiscal 258, da ordem de R\$ 14.984,53, refere-se a uma compra de componentes, partes e peças, compra esta feita junto a Alca Comercial e Informática Ltda., conforme DOE número 03, fl. 205, e em função da regra constante do art. 4º do Dec. 4316/95, é veda a utilização do aludido créditos pelo autuado.

Quando à nota fiscal de saída 3136, com destaque de ICMS de R\$ 13.800,15, que o autuado alega ter havido cancelamento, constante de cópia à fl. 208 e emissão de nota de entrada número 3138 para neutralizar a operação, tem razão o autuante quando identifica a pouca clareza das informações nela contidas, em razão de sua nitidez, contudo com esforço pode-se verificar que as notas fiscais referenciadas não coincidem com os valores apontados pela autuada, também constatado pelo autuante. Na cópia reprográfica da nota fiscal 3136 o valor destacado é de aparentemente R\$43.314,80, de igual modo o valor destacado na nota fiscal nº 3138 é de R\$47.314,80 este documento mais legível. Os valores não guardam relação, bem como o documento fiscal tem um valor e o lançamento no Registro de Apuração outro valor.

Na mesma toada, verifico caber razão ao autuante quando afirma que a legislação do RICMS/BA no que toca ao cancelamento de documento fiscal, artigo 212 está regularmente observado quanto à forma. O documento fiscal (nota fiscal) é que, realmente, dá origem ao lançamento, qualquer divergência entre um e outro vicia o lançamento, conforme artigo 113 do RICMS/BA e as próprias afirmações do autuante.

Assim, em consonância com a informação fiscal, às fls. 214 a 216 dos autos, concluo por manter parcialmente a exigência, reconhecendo que o autuado recolheu antes do início dos procedimentos fiscais o valor exigido em relação à ocorrência de 31/12/2003, no valor de

R\$30.051,85, restando a exigência dos demais valores conforme consta da tabela corrigida (segunda tabela), à fl. 216 dos autos.

Fica consignado que o autuado, após a informação fiscal que ajusta os valores exigidos e manifesta o entendimento acolhido por esse relator, foi dada ciência ao autuado com a concessão de 10 dias para se manifestar, o que não mais ocorreu.

Diante do exposto voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, cabendo a exigência no valor de R\$28.952,87.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207351.0005/08-6**, lavrado contra **MEGAWARE COMERCIAL LIMITADA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$28.952,87**, acrescido das multas de 60%, prevista no art. 42, II, alínea “a” da Lei 7014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre de ofício para uma das Câmaras do CONSEF nos termos do artigo 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 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de fevereiro de 2011

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA