

A.I. N° - 207351.0004/08-0
AUTUADO - MEGaware INDUSTRIAL LTDA.
AUTUANTES - JUAREZ ALVES DE NOVAES e VIRGÍLIO FRANCISCO COELHO NETO
ORIGEM - IFEP SUL
INTERNET - 05/04/2011

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0055-03/11

EMENTA: ICMS. LIVROS FISCAIS. ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO. RECOLHIMENTO DO TRIBUTO EFETUADO A MENOS. DECRETO N° 4.316/95. Apurada a existência de erros na apuração do imposto em função do tratamento fiscal diferenciado previsto no supracitado decreto. Acatado o resultado da revisão do lançamento, no qual somente as operações de saídas de mercadorias adquiridas de terceiros foram objeto de gravação do imposto à carga tributária de 3,5%, tendo sido excluídos os valores relativos às operações cuja natureza não foi possível determinar, bem como os que não correspondessem a vendas. Acatado também o critério adotado relativamente às operações com monitores. Rejeitada a alegação de decadência. Negado o requerimento de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 29/9/08, diz respeito a recolhimento de ICMS efetuado a menos em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, em função dos critérios do Decreto nº 4.316/95. Consta na descrição dos motivos do lançamento que o contribuinte é beneficiário do referido decreto, que prevê: *a) crédito presumido de 100% nas saídas de produtos acabados produzidos pelo seu estabelecimento (art. 2º); b) carga tributária de 3,5% sobre o valor das saídas de produtos acabados adquiridos de terceiros (art. 7º, I, e parágrafo); c) tributação normal de outras saídas de mercadorias; d) vedação do crédito de operações ou prestações anteriores (art. 4º), salvo em se tratando de créditos por devoluções de vendas de mercadorias adquiridas de terceiros, caso em que o crédito será aproveitado em função da carga tributária suportada por ocasião das saídas.* O lançamento foi feito com base nos demonstrativos “ICMS a Recolher Após Ajustes” e “ICMS Apurado Antes dos Ajustes”, além de um sumário com “Informações Sobre a Fiscalização Aplicada”. ICMS lançado: R\$ 2.032.723,72. Multa: 60%.

O contribuinte apresentou defesa (fls. 212/233) reclamando como preliminar que a fiscalização ter-se-ia baseado na suposição de que a empresa tivesse aproveitado o crédito presumido nas saídas de componentes, partes e peças, tributados à alíquota integral, quando estaria autorizada a fazê-lo somente nas saídas de produtos acabados, e por isso aplicou a alíquota de 12% indistintamente a todas as operações internas e interestaduais, inclusive nas operações cuja carga tributária correspondia ao percentual de 3,5%. O autuado afirma que chegou a essa conclusão porque o fiscal teria deixado 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)’ [sic]. Frisa que a empresa apresentou o Registro 54 referente a 2007. Acusa a fiscalização de ter lavrado o Auto com base em presunções. Pede a nulidade do procedimento, alegando impossibilidade de

utilização de mera presunção para constituição do crédito tributário. Reporta-se ao art. 113, § 1º, do CTN. Cita Marco Aurélio Greco.

Noutra preliminar, suscita a decadência dos créditos tributários correspondentes aos fatos ocorridos até outubro de 2003, por ter passado mais de 5 anos entre a sua ocorrência e a data da constituição do crédito por meio deste Auto de Infração, do qual tomou ciência no dia 3.10.08. Toma por fundamento a regra do art. 150, § 4º, do CTN, c.c. o art. 156, V. Cita ensinamentos de Luciano Amaro e Paulo de Barros Carvalho. Transcreve a ementa de acórdão do STJ.

Quanto ao mérito propriamente dito, a defesa assegura que o tributo havia sido pago corretamente de acordo com o Decreto nº 4.316/95. Questiona a inclusão do IPI na base de cálculo do ICMS. Alega a existência de previsão da suspensão da incidência do ICMS nas remessas de mercadorias para industrialização e conserto. Comenta a sistemática da apuração do imposto em função do critério da não-cumulatividade. Tece considerações acerca do Sintegra. Sustenta a necessidade de realização de perícia. Pede o cancelamento do Auto de Infração e seu arquivamento. Pleiteia a juntada de documentos adicionais, bem como a realização de perícia técnico-contábil. Apresentou quesitos. Juntou documentos.

Um dos fiscais autuantes prestou informação (fls. 656/665) assinalando de início que apenas apreciaria as razões que guardassem relação direta com o objeto da autuação à luz dos Decretos nº 4316/95 e 6284/8/7 (*sic*). A seu ver, os itens da defesa das fls. 212/217 seriam alheios à determinação da magnitude do débito.

Quanto à alegação de nulidade por impossibilidade de utilização de presunção na constituição do crédito tributário, o fiscal contrapõe que a defesa dificultou o esclarecimento da matéria, por apresentar Notas Fiscais não vinculadas ao objeto da ação fiscal, envolvendo retornos de demonstração, vendas para entrega futura, remessas por conta e ordem de terceiros, trocas ou substituição de mercadorias, remessas para conserto ou reparo, bonificações e outras situações. Explica que na apuração dos valores foram levadas em consideração as especificidades dos códigos fiscais de operações, amplamente conhecidos dos contribuintes. Considera que foram detalhadas amplamente as operações, que são do conhecimento do autuado, de forma didática, apresentando a origem do débito, a forma como foi apurado e a legislação pertinente.

Passa em seguida a apresentar o roteiro de fiscalização relativo a levantamento relacionado ao Decreto nº 4316/95.

No tocante à alegação da indevida inclusão do IPI na base de cálculo do ICMS, o fiscal pondera que o Estado da Bahia, por intermédio do art. 55 do RICMS, repetiu o mesmo teor do art. 155, § 2º, da Constituição, e do art. 13, § 2º, da Lei Complementar nº 87/96. Diz que os dados foram colhidos no livro de apuração da empresa, e portanto a base de cálculo considerada foi a declarada pelo autuado.

Com relação à suspensão do imposto nas remessas de mercadorias para industrialização e conserto, o fiscal declara concordar totalmente, embora ressalvando que o autuado faz referência a algo que a fiscalização teria observado de forma precisa, pois tais remessas não foram objeto do levantamento fiscal.

Relativamente às ponderações da defesa acerca do Sintegra, o fiscal diz que o autuado tem sido resistente a fornecer os arquivos no formato previsto no Convênio ICMS 57/95, já tendo sido autuado por isso.

Quanto ao pedido de perícia, o fiscal considera que tal pleito seria totalmente fora de propósito, pois o objeto da autuação não é de natureza contábil, e sim fiscal.

O processo foi remetido em diligência (fls. 668/671) a fim de que os fiscais autuantes prestassem esclarecimentos sobre questões suscitadas pela defesa e não apreciadas objetivamente na informação fiscal, em especial quanto à falta de clareza dos demonstrativos fiscais. Ainda na

mesma diligência foi solicitado que os autuantes respondessem a determinadas questões, a fim de que o órgão julgador pudesse avaliar se caberia ou não deferir o requerimento de perícia formulado pela defesa.

Consta que o contribuinte foi intimado a apresentar Notas Fiscais (fls. 673/687), e a intimação foi atendida (fls. 689/702).

Um dos fiscais autuantes, em cumprimento à diligência, respondeu aos pontos assinalados (fls. 704/760). Explica que as operações foram separadas por CFOPs porque apenas as operações de saídas de mercadorias adquiridas de terceiros foram objeto de gravação do imposto à carga tributária de 3,5%. Explica que foram excluídos os valores relativos aos CFOPs 5949 e 6949, em virtude da impossibilidade de identificar a natureza das operações, como também foram excluídos todos os CFOPs que não caracterizassem “vendas” com gravação de imposto. Assegura que todas as operações de saídas de mercadorias adquiridas de terceiros foram apuradas pela carga tributária de 3,5%, e tece comentários acerca dos critérios adotados. No caso específico do item “monitores”, observa que essa mercadoria é considerada como um componente integrante do produto acabado, o equipamento de informática, ao qual está vinculado na operação de saída, nos termos do parágrafo único do art. 2º do Decreto nº 4.316/95, e, sendo assim, caso a operação seja de saída de produção própria, o crédito presumido é de 100% para toda a operação. Já nas operações de saída de monitor isoladamente, este constitui um produto acabado, com direito à redução da base de cálculo, de forma a equivaler a 3,5%, se o monitor for adquirido no exterior, ao passo que, nas operações de saídas em que o monitor tenha sido adquirido no mercado nacional, recorre-se à regra geral, aproveitando-se o crédito destacado nas entradas, e as operações de saída são tributadas pela alíquota normal, ou seja, de 12% nas saídas para fora do Estado e 17%, com redução da base de cálculo, nas operações internas. Conclui dizendo que no demonstrativo “Entradas de Monitores” são apropriados todos os créditos pelas entradas de monitores. Com relação à falta de clareza dos demonstrativos às fls. 17/64, o fiscal explica analiticamente a estrutura das planilhas, comentando a legislação aplicável às diversas situações contempladas. Refez os demonstrativos, excluindo as colunas “ICMS Recolhido” e “ICMS Apurado”, e acrescentando uma coluna denominada de “Alíquota de Comprovação” [sic]. Foram respondidas as questões formuladas ao final da diligência. Por fim, o autuante especifica as alterações efetuadas em face dos questionamentos da defesa. Anexou demonstrativos especificando as correções efetuadas.

Esta Junta determinou nova diligência, a fim de que a repartição fiscal desse ciência ao contribuinte do resultado da diligência e reabrisse o prazo de defesa (fls. 891-892).

Em sua manifestação (fls. 899/918) o autuado observa que havia solicitado que a diligência fosse feita em conjunto com o assistente técnico indicado na defesa, tendo em vista que aquela pessoa tem total conhecimento das operações da empresa, porém o assistente técnico nem chegou a ser contatado pela fiscalização. Reclama que isso prejudicou a diligência realizada. Quanto ao resultado da diligência, diz que, embora o débito tenha sido reduzido, a exigência deveria ter sido cancelada na sua totalidade. Comenta as providências adotadas pelo autuante. Pontua aspectos sobre os quais o fiscal silenciou. Reitera o pleito no sentido de que se declare a decadência dos créditos tributários correspondentes aos fatos ocorridos até outubro de 2003, por ter passado mais de 5 anos entre a sua ocorrência e a data da constituição do crédito por meio deste Auto de Infração, do qual tomou ciência no dia 3.10.08, frisando que nas fls. 757-758 o fiscal reconheceu que a empresa recolheu ICMS relativo ao período anterior a outubro de 2003. Fala da jurisprudência do STJ. Pede a exclusão dos créditos relativos a fatos anteriores a outubro de 2003, com arrimo no art. 150, § 4º, do CTN, c.c. o art. 156, V. Repete o pedido de nulidade do lançamento sob o argumento de que é impossível a utilização de mera presunção para constituição do crédito tributário. Reporta-se ao art. 113, § 1º, do CTN. Cita Marco Aurélio Greco. Adentrando o mérito, o autuado assegura que o tributo havia sido pago corretamente de acordo com o Decreto nº 4.316/95. Questiona a inclusão do IPI na base de cálculo do ICMS. Alega a existência de previsão da suspensão da incidência do

ICMS nas remessas de mercadorias para industrialização e conserto. Comenta a sistemática da apuração do imposto em função do critério da não-cumulatividade. Tece considerações acerca do Sintegra. Pede o cancelamento do Auto de Infração e seu arquivamento. Pleiteia a juntada de documentos adicionais.

Um dos fiscais autuantes prestou nova informação (fls. 921-922) observando que, em virtude de diligência determinada pelo órgão julgador, havia feito ajustes, conforme fls. 704/888, contemplando todos os elementos apresentados pela defesa. Quanto à tese de decadência, o fiscal contrapõe que tal pleito encontra óbice em razão de o crédito ter sido constituído em tempo hábil, na forma dos arts. 965 e 966 do RICMS, pois o Auto foi lavrado em 3.10.08 (*sic*) e o período fiscalizado foi de 1.1.03 a 31.12.07, logo, dentro do período decadencial. Conclui dizendo que todos os argumentos e quesitos apresentados pelo autuado foram apreciados e respondidos. No que concerne ao montante do débito lançado, considera que os elementos que o determinaram foram descritos às fls. 704/888, tendo os valores sido levantados a partir da análise dos lançamentos no livro de apuração.

VOTO

O lançamento em discussão refere-se a recolhimento de ICMS efetuado a menos em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, em função dos critérios do Decreto nº 4.316/95.

Há duas questões a serem analisadas preliminarmente. A primeira diz respeito à alegação da defesa de que já teria decaído o direito de o fisco efetuar o lançamento dos créditos tributários relativamente aos fatos anteriores a outubro de 2003.

Não acato essa preliminar, haja vista que, nos termos do art. 173 do CTN, ainda não havia ocorrido a decadência do direito de ser lançado o crédito tributário relativo ao exercício de 2003. O prazo de decadência começa a ser contado a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Os débitos que segundo a defesa já teriam sido alcançados pela decadência – os anteriores a outubro de 2003 – já poderiam ter sido lançados no exercício de 2003. O primeiro dia do exercício seguinte é 1º de janeiro de 2004. Por conseguinte, o lançamento do período em discussão poderia ser feito até 31 de dezembro de 2008. O Auto de Infração foi lavrado em 29 de setembro de 2008, e o sujeito passivo foi intimado no dia 3 de outubro. O Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº 3.956/81), no art. 107-A, acrescentado pela Lei nº 8.534/02, estabelece o prazo de decadência do direito de efetuar o lançamento do crédito tributário em consonância com o art. 173 do CTN. O § 4º do art. 150 do CTN, ao qual se apegue a defesa, aplica-se é quando a lei do ente tributante não fixa prazo à homologação. Por essas razões, ultrapasso a preliminar suscitada.

Noutra preliminar, o autuado reclama que os autuantes efetuaram o lançamento baseados em suposições. Esta e outras questões levantadas em seguida, relativamente à inclusão do IPI na base de cálculo do ICMS e à suspensão da incidência deste último nas remessas de mercadorias para industrialização e conserto, não constituem propriamente matéria “preliminar”, sendo antes questões de mérito.

Em face da reclamação da defesa, considerando que os demonstrativos fiscais realmente eram praticamente incompreensíveis, esta Junta determinou a remessa dos autos em diligência à repartição de origem a fim de que os fiscais autuantes prestassem esclarecimentos sobre as questões suscitadas pela defesa e não apreciadas objetivamente na informação fiscal, em especial quanto à falta de clareza dos demonstrativos fiscais. Ainda na mesma diligência foi solicitado que os autuantes respondessem a determinadas questões, a fim de que este órgão julgador pudesse avaliar se caberia ou não deferir o requerimento de perícia formulado pela defesa.

Em cumprimento à diligência, um dos fiscais autuantes respondeu aos pontos assinalados. Explicou que apenas as operações de saídas de mercadorias adquiridas de terceiros foram objeto

de gravação do imposto à carga tributária de 3,5%. Explicou também que foram excluídos os valores relativos aos CFOPs 5949 e 6949, em virtude da impossibilidade de identificar a natureza das operações, como também foram excluídos todos os CFOPs que não caracterizassem “vendas” com gravação de imposto. Teceu comentários acerca dos critérios adotados, especialmente no que concerne às operações com monitores. Com relação à falta de clareza dos demonstrativos, o fiscal explicou analiticamente a estrutura das planilhas, comentando a legislação aplicável às diversas situações contempladas. Refez os demonstrativos, excluindo as colunas “ICMS Recolhido” e “ICMS Apurado”, e acrescentando uma coluna denominada de “Alíquota de Comprovação” [sic]. Ao final, o autuante especificou as alterações efetuadas em face dos questionamentos da defesa. Anexou demonstrativos especificando as correções efetuadas. Foram respondidas as questões formuladas ao final da diligência.

Com esses esclarecimentos, e analisadas as respostas aos quesitos apresentados pela defesa, considero desnecessária a realização de perícia. A perícia é um mecanismo de que se pode lançar mão em caso de necessidade de esclarecimentos técnicos específicos de profissional de determinada área do conhecimento humano. Para se decidir se há ou não necessidade de perícia, deve o requerente fundamentar o pedido, indicando as razões pelas quais considera ser necessária tal providência. Não basta simplesmente requerer. É necessário fundamentar o requerimento. Neste caso, não ficou demonstrada a necessidade de perícia. A diligência determinada por esta Junta foi suficiente para tornar líquido e certo o lançamento. Foi reaberto o prazo de defesa. Atendeu-se em suma ao devido processo legal, observados o contraditório e a ampla defesa. Indefiro o requerimento de perícia.

Ao manifestar-se sobre o resultado da diligência, o contribuinte voltou a questionar a inclusão do IPI na base de cálculo do ICMS e refere-se abstratamente à previsão da suspensão da incidência do ICMS nas remessas de mercadorias para industrialização e conserto.

Tais alegações são feitas a esmo, sem precisar o que tais ponderações têm a ver com o caso concreto. Os arts. 54 e 55 do Regulamento do ICMS especificam quando o IPI integra ou não integra a base de cálculo do ICMS. O fiscal que prestou a informação deixou claro que adotou como base de cálculo a mesma que o contribuinte declarou em sua escrita. Se havia algum erro, caberia à defesa apontá-lo.

Quanto à suspensão da incidência nas remessas de mercadorias para industrialização e conserto, realmente a legislação prevê a suspensão nessas hipóteses, nos arts. 615-616 e 627-628. O fiscal que prestou a informação declarou que tais remessas não foram objeto do levantamento fiscal. Caberia indicar a existência de algum erro, se houvesse, no caso concretamente considerado, em vez de simplesmente se reportar à previsão legal da existência da figura da suspensão, que existe não somente para as situações mencionadas, mas para uma gama considerável de hipóteses.

Acato o resultado da revisão do lançamento efetuado pelo fiscal que efetuou a diligência, no qual somente as operações de saídas de mercadorias adquiridas de terceiros foram objeto de gravação do imposto à carga tributária de 3,5%, tendo sido excluídos os valores relativos às operações cuja natureza não foi possível determinar, bem como os que não correspondessem a vendas. Acato também o critério adotado relativamente às operações com monitores.

O demonstrativo do débito deverá ser refeito, com base no quadro à fl. 762. O valor do imposto fica reduzido para R\$ 513.221,82.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207351.0004/08-0**, lavrado contra **MEGWARE INDUSTRIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o

pagamento do imposto no valor de R\$ **513.221,82**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, “a”, da Lei n° 7.014/96, e dos demais acréscimos legais.

Esta Junta recorre da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, 1, do RPAF/99, alterado pelo Decreto n° 7.851/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de março de 2011

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – JULGADORA