

A. I. Nº - 300199.0001/11-8
AUTUADO - LEBRE TECNOLOGIA E INFORMÁTICA LTDA.
AUTUANTE - EDISON LEMOS
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
INTERNET 16.12.2011

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0311-05/11

EMENTA: ICMS. 1. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA. OPERAÇÕES INTERNAS. PRODUTOS QUE NÃO SÃO DE USO EXCLUSIVO EM INFORMÁTICA. Constatada a redução indevida de base de cálculo em itens que não são de uso exclusivo em informática (no período até 11/04/2007) ou que não estão listados no Anexo 5-A, a que se refere o art. 87, inciso V do RICMS/97. Infração comprovada. 2. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. DESENCONTRO ENTRE O VALOR RECOLHIDO E O ESCRITURADO NO LIVRO REGISTRO DE APURAÇÃO DE ICMS. Infração não contestada. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FALTA DE APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO FISCAL. ATIVO PERMANENTE. Infração não elidida. Negado o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/03/2011, exige ICMS no valor de R\$19.619,21, através das seguintes infrações:

1. Recolheu a menor o ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. O contribuinte utilizou, indevidamente, a redução de Base de Cálculo, com base no Inc. V, do art. 87 do RICMS/BA, do Decreto nº 6.284/97, para itens que não estavam amparados por esse benefício fiscal à época das operações mercantis efetuadas. Tudo apurado conforme demonstrativos Anexos 01 e 01 A, que seguem em anexo juntamente com as cópias dos documentos fiscais. Valor Histórico: R\$14.570,06 – Multa de 60% - Exercícios de 2007 e 2008 (03.02.06);
2. Recolheu a menor o ICMS em decorrência de desencontro entre o(s) valor(s) do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS. Tudo apurado conforme Anexos 02 e 02 A, que seguem anexos a este Auto de Infração, juntamente com as cópias dos Registros de Apuração do ICMS e DAE de recolhimento. Valor Histórico: R\$506,87 – Multa de 60% - Exercício de 2007 (03.01.01);
3. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito. O contribuinte lançou no livro Registro de Apuração do ICMS, no campo de outros créditos, nos meses de Janeiro/05 até Setembro/06, valores a título de apropriação de crédito fiscal referente à Aquisição de Ativo Permanente, sem a apresentação de documentação comprobatória (Notas Fiscais de Aquisição e Controle do CIAP). Tudo apurado conforme Anexos 03 e 03 A, que seguem em anexos a este Auto de Infração, juntamente com as cópias dos Livros Registros de Apuração e ICMS. Valor Histórico: R\$4.542,28 – Multa de 60% - Exercício de 2007 (01.02.42);

O autuado apresentou defesa, fls. 270/277, alega que constatou nos exercícios de 2005 e 2006, que os valores exigidos na infração 3 estão registrados com datas de ocorrências relativas a 2007, por este motivo suscita a preliminar de decadência, referente ao direito de constituição do crédito

tributário, em relação às obrigações principal e acessórias, cujos fatos ocorreram até o dia 31/12/2005, eis que esgotou-se o prazo de 5 anos para a cobrança.

Diante do pedido de decadência, transcreveu o art. 150, § 4º, do CTN, destacando o prazo para fixar a homologação: “será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.”

Refutou tendo efetuado o autolançamento do ICMS incidente sobre as operações de circulação de mercadorias, atendeu às obrigações acessórias determinadas em lei, tendo feito o recolhimento do imposto devido aos cofres públicos do Estado da Bahia, assim, não há dúvida de que o prazo decadencial começa a fluir a partir do fato gerador do imposto ou das obrigações acessórias, e não a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte, como, forçosamente, vem, erroneamente, entendendo o Fisco Estadual.

Traz à baila o art. 968 do RICMS/BA, c/c ao art. 173, inciso I do CTN, o qual reproduziu em sua peça, para fundamentar a extinção do crédito tributário, como também o lançamento do fato gerador.

Entende que o legislador ao estabelecer que o direito da constituição do crédito tributário se extingue no prazo de 5 (cinco) anos contados, do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento “*poderia*” ter sido efetuado, a norma em questão está sendo direcionada para a hipótese em que o contribuinte tenha operado com um comportamento omissivo, abstendo-se de promover o auto-lançamento do ICMS, ou não tendo atendido qualquer dispositivo pertinente às obrigações acessórias, o que impõe repisar, mais uma vez, que tal situação não se verificou no caso presente.

Diz ainda que tal entendimento é pacificado no STJ, “*exações cujo lançamento se faz por homologação, havendo pagamento antecipado, conta-se o prazo decadencial a partir da ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN)*”.

Sustenta que, desta forma cristalina a decadência do pretenso crédito tributário, relativo aos fatos geradores ocorridos até 31/12/2005, posto que o Estado deixou de ultimar as medidas cabíveis, visando à satisfação do seu direito de exigência do tributo dentro do prazo estabelecido em lei, não há como subsistir, portanto o lançamento. Asseverou que o Egrégio TJ/BA, conforme acórdão proferido nos autos da Apelação Civil nº 15909-0/2006, segue idêntico entendimento, pois o autuado somente foi regularmente intimado em 05/04/2011, quando já configurada a decadência.

Finalizou que deve o CONSEF atentar para a Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal nº 08, que assim dispõe: “*São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário*”.

Passa a defesa a adentrar ao mérito, e, logo, reconhece à infração 2, informando que a quitação será providenciada.

No item 1, citou o art. 87, inciso V, do RICMS:

“Art. 87. É reduzida a base de cálculo:

V - das operações internas com aparelhos e equipamentos de processamento de dados e seus periféricos (“hardware”), inclusive automação, bem como com suprimentos de uso em informática para armazenamento de dados e impressão, indicados no Anexo 5-A, em 58,825%, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7%;”

Afirmou que a redação referida foi inserida no RICMS com o advento do Decreto nº 10.316/07, vigente a partir de 12/04/07, quando antes desta data se encontrava em vigor a seguinte redação: “V - das operações internas com aparelhos e equipamentos de processamento de dados e seus

periféricos (“hardware”), bem como com suprimentos para armazenamento de dados e outros de uso exclusivo em informática, inclusive automação, em 58,825%, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7%;”.

Salientou que na leitura e interpretação dos textos citados, logo, se extrai que até 12/04/07, a legislação alcançava a redução de base de cálculo para todos os “**produtos de uso exclusivo em informática**”. Portanto, não havia, até esta data, qualquer restrição, como veio a acontecer através da discriminação feita com a edição do Anexo 5-A. Assim, a norma era abrangente, bastando que o produto fosse destinado ao uso em informática para que o benefício, instituído para fomentar o setor, fosse aplicado.

Com isso, diz que a fiscalização pretende impedir a aplicabilidade do “benefício fiscal” através de norma posterior, não só atingindo o direito adquirido do contribuinte como macula a segurança jurídica que deve nortear a relação entre Fisco e Contribuinte, como também, e principalmente, destrói o objetivo principal da criação da “**redução da base de cálculo**”, ou seja, o de fomentar o polo de informática do Estado, devido a objetivos maiores, de cunho econômico e social. E, somente com o advento do ANEXO 5-A, ou seja, a partir de 12/04/07, é que a legislação veio redefinir o alcance da norma, restringindo a aplicação da redução da base de cálculo aos produtos nele listados, que é ilegal, assim, a aplicação retroativa da nova ordem jurídica.

O autuado considerou o teor da acusação fiscal, ou seja, “**itens que não estavam amparados pelo benefício fiscal**”, e disse que é possível se concluir que a cobrança atinge também itens constantes do Anexo 5-A (bobinas, discos magnéticos (CD), estabilizadores, impressoras, “nobreak”, cabos USB, “switchs” etc), como se anteriormente não estivessem classificados como de “uso exclusivo em informática”. No particular, a autuação implica em inversão da interpretação e aplicação da norma, pois se a redação anterior era mais abrangente, a redação atual somente veio a ratificar a aplicação do benefício sobre tais produtos.

Assim, todos os produtos listados nos demonstrativos já encontravam proteção no art. 87, inciso V, do RICMS, por serem de uso exclusivo de informática, sendo tal proteção ratificada pelo Anexo 5-A, portanto ilegal a interpretação inserida na autuação, de que o referido anexo veio a fazer “**restrição de forma retroativa**”. Portanto, a exigência recai, ainda, sobre produtos listados no Anexo 5-A, a exemplo de impressoras, discos magnéticos (MIDIAS) e estabilizadores, que devem ser excluídos da cobrança, mesmo após o advento do citado Anexo.

Na infração 3, além da decadência referente ao exercício de 2005, aduz que não recebeu a listagens das notas, embora tenha apresentado à fiscalização o seu livro Registro de Entrada, com isso, o seu direito de defesa ficou prejudicado, além de ser indevida a glosa de créditos sem a indicação das notas, quando o fulcro do pedido é justamente a falta de apresentação “**do documento comprobatório do direito ao referido crédito**”, uma vez que, regularizado o vício, com a discriminação das notas necessárias, o autuado providenciou a juntada ao PAF, pedindo, assim, a posterior produção da prova material.

Por fim, pede a Nulidade ou Improcedência do Auto de Infração.

O autuante presta informação fiscal de fls. 281/292, de início, registra que não há que se falar em decadência, pois o período fiscalizado foi de **01/01/2007 a 31/12/2008** e, a infração 3, refere-se ao período de **Janeiro/07 a Setembro/07**, o que pode ser observado nas fls. 02 dos autos; Demonstrativo de Débito de fls. 05; Demonstrativos de Cálculos e apuração do crédito indevido, fls. 154/155, e cópias dos livros Registro de Apuração do ICMS de 2007 através das fls. 157/176, todos os documentos junto ao PAF.

Acrescenta que o contribuinte embasou-se em entendimento e pedido de decadência em um erro de grafia, cometido pelo fiscal autuante, no complemento da descrição da infração 3 – 01.02.42. Onde consta, erroneamente, “nos meses de Janeiro/05 até Dezembro/06”, o correto seria “**nos**

meses de Janeiro/07 até Setembro/07”, portanto, trata-se de erro formal que não interfere, tampouco, impede a averiguação das demais informações e demonstrativos de apuração da infração em questão.

Neste sentido, considerando que, o erro de grafia não prejudicou o direito a ampla defesa do contribuinte, haja vista que os demais demonstrativos apontavam as datas corretas das infrações e que deve prevalecer à verdade material dos fatos, pleiteia que os nobres julgadores rejeitem a preliminar de decadência suscitada.

No mérito, a infração 1, o autuante diz que tais alegações não merecem prosperar, visto que foram alicerçadas em interpretações, totalmente equivocadas da legislação vigente à época das operações mercantis, objeto da autuação fiscal, pois essas operações internas envolvendo aparelhos e equipamentos de informática são tratadas no inciso V, do artigo 87, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97 e, na época das operações mercantis que constam na autuação fiscal, a redação vigente era a seguinte:

Até 11/04/2007:

“Art. 87. É reduzida a base de cálculo:

(...)

V - das operações internas com aparelhos e equipamentos de processamento de dados e seus periféricos (“hardware”), bem como com suprimentos para armazenamento de dados e outros de uso exclusivo em informática, inclusive automação, em 58,825%, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7%;” (grifo nosso).

A partir de 12/04/2007:

“Art. 87. É reduzida a base de cálculo:

(...)

“V - das operações internas com aparelhos e equipamentos de processamento de dados e seus periféricos (“hardware”), inclusive automação, bem como com suprimentos de uso em informática para armazenamento de dados e impressão, indicados no Anexo 5-A, em 58,825%, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7%;

Redação dada ao inciso V do caput do art. 87 pela Alteração nº 87 (Decreto nº 10316, de 11/04/07, DOE de 12/04/07), efeitos de 12/04/07 a 31/01/09;” (grifo nosso).

Chamou atenção nas duas redações para as diferenças que o legislador fez questão de destacar: “***Na redação que prevaleceu até 11/04/2007 o benefício da redução da base de cálculo se destinava às operações internas com aparelhos e equipamentos de processamento de dados, seus periféricos, suprimentos para armazenamento de dados, automação e outros, somente nos casos de USO EXCLUSIVO EM INFORMÁTICA***”.

Observou que, ao contrário do quer fazer crer o autuado, a redação acima continha sim, uma série de restrições, em especial a que exigia que os produtos alcançados pelo benefício fiscal fossem destinados ao **uso exclusivo em informática**, ou seja, ao **uso restrito em informática**, assim, se depreende da restrição contida na redação do inciso V, do art. 87, que a comercialização de qualquer produto que não seja destinado exclusivamente para utilização em informática, não estaria amparada pelo benefício fiscal da redução da base de cálculo até aquela data.

Já na “***redação vigente a partir 12/04/2007 o benefício da redução da base de cálculo se destinava às operações internas com aparelhos e equipamentos de processamento de dados e seus periféricos, inclusive automação, bem como suprimentos de uso em informática para armazenamento de dados e impressão, indicados no Anexo 5-A***”. Reparou que a expressão “**uso exclusivo em informática**” foi retirada do texto legal e, em seu lugar foi inserido no texto “**indicados no Anexo 5-A**”, a partir daí, com base na nova redação, somente seriam beneficiados com a redução de base de cálculo nas operações internas, os itens que constassem no Anexo 5-A, ou seja, a restrição de uso restrito em informática foi substituída pela restrição dos itens constantes no anexo citado, baseado nos textos legais vigentes em cada período. Os itens

autuados na infração 1 foram relacionados no Anexo 01 A, vide fls. 144/144A, deste PAF, conforme relação transcrita pelo autuante na contra-argumentação da defesa.

Observou, ainda, que nas especificações dos produtos, fls. 284/287 listados na informação fiscal (*Mídia CD, CD-R, CD-RW e DVD-R; Estabilizador, Papel A-4; Projeto Sony LCD; Câmara Fotográfica Digital HP; Tomadas APC Padrão Nema 15-30R; Adaptador de Energia e Telefônico Gateway; Cabo Flexível LJ3310 MFP e Maleta Executiva p/ Notebook; Impressoras Multifuncionais Modelos 3390, 5610 e 7310; Pen Drive; Blade System 4/12 San S (AE370A); Cabo de Fibra Óptica – Storage Works (221692-B26); Cabo de Fibra Óptica HP FC – Storage Works (221692B23); Cabo Adaptador de Rede p/ USB (336047-B21); Cabo Chaveador KVM – 3.1M (TK-C10); Cabo USB KVM Trendnet 1.8 – TK-CU06 e Cabo USB KVM Trendnet 3.0M – TK-CU10; Cabos Chaveador KVM Trendnet 4.5; Chaveador KVM Trendnet 4 portas OS/2; Back-Ups APC RS/XS 1500VA 24V preto (SURT192XLBP); Módulo Transceptor Cisco MDS 9000 (AE379A); Patch Panel 24P CAT6-568a/B Gigalan PR (6619); Rack KVM Trendnet 8 Portas USB TK-803R; Switch 24P EZNET-24SW (752.8842); Switch 3Com Superstack ACK4226 T 24x10/100 (3C17300A); Switch 3Com 24 Ports 10/100+Gigabit (3C16475CS); Switch 3Com 4500 24x10/100 MBPS +2K Mini GBI (3CR175); Switch San Cisco MDS 9124 16P – Ports Active Fabric (AG647A); Switch 3Com Baseline 2250Plus 48x10/100MBPS 2x10/10; Switch 3Com Baseline 24x10/100 MBPS (RJ45); Switch 3Com Officeconnet 16x10/10 (3C1679); Switch Desktop 3Com Gigabit 8 Port (3CGSU08) e Switch Baseline 2250 Plus 10/100 – 3C16476CS*), nenhum deles é destinado à utilização ou aplicação exclusiva em informática ou foram contemplados na lista de produtos do Anexo 5-A, logo, não foram alcançados pelo benefício fiscal da redução da base de cálculo, de acordo com legislação vigente à época dos fatos geradores.

No que diz respeito ao período até 11/04/2007, a questão já foi pacificada na DITRI/SEFAZ/BA (Diretoria de Tributação), que fundamentou diversos pareceres exarados pela GECOT – Gerência de Consultas e Orientação Tributária, o qual transcreve nos autos.

Em referência aos produtos CD-R, fios e cabos, citou e transcreveu, respectivamente, os Pareceres GECOT nos 14981/2006 e 5887/2006.

Reitera que os esclarecimentos contidos nos pareceres GECOT/DITRI, alcançam quase a totalidade dos produtos autuados e **são unâimes ao afirmarem que o benefício fiscal da redução da base de cálculo, tratados no inciso V do artigo 87, do RICMS/BA, está restrito aos itens de uso exclusivo em informática** e todos os produtos que não atendem a esse requisito devem ser tratados com a tributação normal.

O autuante levou em consideração a redação do inciso V do art. 87, vigente à época de cada período fiscalizado e, em nenhum momento, seguiu preceitos e conceitos produzidos por alterações posteriores a esse período, o que rechaça a acusação de ilegalidade na interpretação inserida na autuação, em especial quanto à “**restrição de forma retroativa**”.

Frisou que o contribuinte cometeu um grande equívoco de interpretação, com relação à mudança na redação do artigo e instituição do Anexo 5-A, ao afirmar que a redação do inciso V, com efeitos de 12/04/07 a 31/01/09, redefiniu o alcance da norma com vistas a restringi-lo. O que ocorreu, na verdade, foi exatamente o contrário, ou seja, a partir da alteração efetuada com base no Decreto nº 10.316/07, o termo “uso exclusivo em informática” foi suprimido, ampliando, dessa forma o leque de produtos alcançados pelo benefício fiscal em questão:

“Art. 87. É reduzida a base de cálculo:

(...)

V - das operações internas com aparelhos e equipamentos de processamento de dados e seus periféricos (“hardware”), inclusive automação, bem como com suprimentos de uso em informática para armazenamento de dados e impressão, indicados no Anexo 5-A, em 58,825%, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7%;” (grifo nosso)

Registrhou que não existem dúvidas que, com a retirada do termo “exclusivo” da redação anterior à abrangência dos produtos beneficiados no inciso V aumentou muito, basta uma simples leitura do Anexo 5-A e pode-se constatar a existência diversos itens que não são exclusivos em informática e que foram acrescentados à lista de itens beneficiados através da alteração nº 10.459, de 18/09/07, sendo assim, procedente à infração 1.

Na infração 3, assevera que não parece séria a alegação do contribuinte de que teve seu direito de defesa prejudicado, por não ter recebido a relação das notas fiscais com os respectivos créditos glosados, sendo que, na verdade, ele é quem deveria apresentar os documentos fiscais que servissem de suporte para a utilização dos créditos fiscais.

Aduz que, também, não há que se falar em livro Registro de Entradas, já que, os referidos créditos fiscais glosados na autuação fiscal, não foram registrados no livro de entradas, mas, sim, diretamente no livro Registro de Apuração do ICMS, no quadro Resumo da Apuração do Imposto, **na coluna outros créditos**, sob a seguinte denominação: “**apropriação crédito Ativo Permanente – CIAP**”, conforme consta nas fls. 159, 161, 163, 165, 167, 169, 171, 173 e 175, deste PAF.

Disse que nesses lançamentos não existe nenhuma menção à numeração das notas fiscais que originaram esses créditos, nem ao controle do CIAP, dessa forma como pode o autuado alegar que não recebeu a listagem das notas fiscais, se não consta a numeração dessas notas fiscais, em nenhum livro fiscal apresentado à fiscalização, apenas foi informado o valor do crédito tomado e nada mais.

Transcreveu o Decreto nº 6.284/97 do RICMS/BA, com relação ao direito ao crédito fiscal nas operações de aquisição de bens do Ativo Imobilizado e o art. 339, §2º.

Observou que nos dispositivos transcritos na peça informativa, o CIAP - Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente se destina a efetuar o controle e apropriação do crédito fiscal do ICMS de cada documento fiscal de aquisição de Ativo Permanente. No entanto, o contribuinte não apresentou as notas fiscais, nem tampouco, o CIAP, mesmo sendo intimado para a apresentação de tais documentos, conforme fls. 15/16, deste PAF, não restando, desta forma, outra saída que não fosse a glosa dos supostos créditos fiscais pela falta de apresentação de documentação comprobatória. Pede a procedência do Auto de Infração.

Consta nas fls. 293/296, detalhamento de pagamento do SIGAT referente à parte do débito, datada em 05/05/2011 no valor de R\$776,33, sendo reconhecido parte do débito referente às infrações 1, 2 e 3.

No mês de julho deste ano corrente, o PAF foi convertido em diligência, pois foi constatado que na descrição do item 3 está relatado que “*O contribuinte lançou no livro Registro de Apuração do ICMS, no campo de outros créditos, nos meses de jan/05 até dez/06, valores a título de apropriação de crédito fiscal referente a Aquisição de Ativo Permanente....*”, contudo as datas de ocorrências reportam-se aos meses de janeiro a setembro de 2007. Assim, em virtude deste erro e da retificação promovida pelo fiscal, a 5ª JJF deliberou que os autos retornem à inspetoria de origem para que sejam adotadas as seguintes providências: “*1) Cientificar o sujeito passivo da informação fiscal, fornecendo-lhe cópia, destacando que a data correta da infração é a informada nas datas de ocorrências do demonstrativo de débito, ou seja, de janeiro a setembro de 2007, conforme os crédito lançados no livro Registro de Apuração, dos meses de janeiro de 2007 a dezembro de 2007, cujas cópias estão anexas, fls. 157 a 175; 2) Reabrir o prazo de defesa, de 30 dias, para que o contribuinte possa se manifestar; e 3) Após estas providências, que o autuante preste nova informação fiscal*”. Por fim que retorne os autos ao CONSEF, para prosseguimento processual.

Em nova manifestação fls. 307/309, o contribuinte reiterou que os termos da defesa apresentada fazem parte da presente manifestação como se transcritos aqui estivessem.

Pede que, sob pena de nulidade, todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam direcionadas aos advogados regularmente habilitados no PAF, pois são os mesmos os legítimos representantes do autuado na ação em curso.

No que tange ao item 1, alega que com o advento do Anexo 5-A é que se pode impor limites aos produtos, sendo garantida a redução de base de cálculo para todos os “*aparelhos e equipamentos de processamento de dados e seus periféricos (“hardware”), inclusive automação, bem como com suprimentos de uso em informática para armazenamento de dados e impressão*”.

Declarou que se pretender impedir a aplicabilidade do “benefício fiscal” através de norma posterior, não só atinge o direito adquirido do contribuinte, mas também macula a segurança jurídica que deve nortear a relação entre FISCO e CONTRIBUINTE, principalmente, destrói o objetivo principal da criação da “redução da base de cálculo”, qual seja, o de fomentar o pólo de informática do Estado, devido a objetivos maiores, de cunho econômico e social.

Assevera que somente com o advento do ANEXO 5-A, ou seja, a partir de 12/04/07, é que a legislação veio redefinir o alcance da norma, restringindo a aplicação da redução da base de cálculo aos produtos nele listados.

Disse, ainda, que é ilegal, a aplicação retroativa da nova ordem jurídica, por considerar que o teor da acusação fiscal, ou seja, “itens que não estavam amparados pelo benefício fiscal”, é possível se concluir que a cobrança atinge também itens constantes do Anexo 5-A (bobinas, discos magnéticos (CD), estabilizadores, impressoras, “nobreak” etc), como se anteriormente não estivessem classificados como de “uso exclusivo em informática” e que, em particular, a autuação implica em inversão da interpretação e aplicação da norma, pois se a redação anterior era mais abrangente, a redação atual somente veio a ratificar a aplicação do benefício sobre tais produtos.

Afirmou que todos os produtos listados nos demonstrativos já encontravam proteção no art. 87, inciso V, do RICMS, por serem de uso exclusivo de informática, sendo tal proteção ratificada pelo Anexo 5-A e que é ilegal a interpretação inserida na autuação, de que o referido anexo veio a fazer “**restrição de forma retroativa**”.

Salienta que ao dizer que os produtos podem ser utilizados para outros fins, como, por exemplo, para geladeiras, televisores etc, significa atentar contra a regra e a segurança jurídica da relação entre estado e contribuinte, pois, a depender da imaginação de cada pessoa, os produtos hoje listados no Anexo 5-A também podem ser utilizados em outras atividades.

E, caso a norma, discriminar esses produtos, a atividade fim do contribuinte, no caso espelhada em sua própria denominação social, por si só, agregava as mercadorias vendidas para uso exclusivo em meios de informática. Ademais, mesmos produtos que foram inseridos no Anexo 5-A, a exemplo de estabilizadores, bobinas, impressoras, CD'S etc, tiveram a redução glosada. A restrição, como já dito, só pode prevalecer a partir do Advento do “decreto restritivo”.

Acrescentou que no que se refere à infração 3, já observado pela JJF, existe flagrante insegurança na qualificação da infração, no que tange, inclusive nas datas das ocorrências, interferindo até mesmo na apreciação do fator “decadência”, assim, o autuado, ratificando sua defesa, insere novo pedido de nulidade dessa parte do lançamento.

Por fim, protestou pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de novos documentos e, se necessário, revisão por fiscal estranho ao feito, o autuado protesta pelo reconhecimento da decadência.

Ao final, pede pela Nulidade ou Improcedência dos itens contestados do Auto de Infração.

Em nova informação fiscal, fl. 312, o autuante reforça o seu entendimento ao dizer que a manifestação não trouxe nenhum novo argumento referente à defesa, fls. 270/279 e que, neste sentido, ratifica “*in totum*” a iniciada informação fiscal, de fls. 281/292.

Nas fls. 294 a 296, constam extratos detalhamento e pagamento em espécie no valor de R\$776,33 no sistema SIGAT, referente ao pagamento parcial do Auto de Infração.

VOTO

Nego pedido de diligência formulado pela defesa, haja vista que os elementos constantes nos autos são suficientes para a formação de meu juizo de valor acerca da presente lide, aplico o art. 147, I, do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99). Ademais, foi realizada diligência para cientificar o sujeito passivo da correção da data da infração 3, qual seja de janeiro/07 a setembro/07.

Quanto à preliminar de mérito de decadência, não há o que questionar, pois o período fiscalizado foi de **01/01/2007 a 31/12/2008** e, a infração 3, refere-se ao período de **Janeiro/07 a Setembro/07**, o que pode ser observado nas fls. 02 dos autos; Demonstrativo de Débito de fls. 05; Demonstrativos de Cálculos e apuração do crédito indevido, fls. 154/155, e cópias dos livros Registro de Apuração do ICMS de 2007 através das fls. 157/176, todos os documentos junto ao PAF, e a data de lavratura de 30/03/2011, portanto ainda não decorrido o prazo de 5 anos para que a Fazenda Pública não pudesse efetuar o lançamento, por conta da decadência.

Na infração 1, o sujeito passivo está sendo acusado de ter recolhido a menor o ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, nas saídas de mercadorias que não se encontram amparados com este benefício fiscal à época das operações mercantis efetuadas. Tudo apurado conforme demonstrativos Anexos 01 e 01-A, anexos.

As mercadorias em questão foram listadas na informação fiscal, e são: (*Mídia CD, CD-R, CD-RW e DVD-R; Estabilizador, Papel A-4; Projeto Sony LCD; Câmara Fotográfica Digital HP; Tomadas APC Padrão Nema 15-30R; Adaptador de Energia e Telefônico Gateway; Cabo Flexível LJ3310 MFP e Maleta Executiva p/ Notebook; Impressoras Multifuncionais Modelos 3390, 5610 e 7310; Pen Drive; Blade System 4/12 San S (AE370A); Cabo de Fibra Óptica – Storage Works (221692-B26); Cabo de Friba Óptica HP FC – Storage Works (221692B23); Cabo Adaptador de Rede p/ USB (336047-B21); Cabo Chaveador KVM – 3.1M (TK-C10); Cabo USB KVM Trendnet 1.8 – TK-CU06 e Cabo USB KVM Trendnet 3.0M – TK-CU10; Cabos Chaveador KVM Trendnet 4.5; Chaveador KVM Trendnet 4 portas OS/2; Back-Ups APC RS/XS 1500VA 24V preto (SURT192XLBP); Módulo Transceptor Cisco MDS 9000 (AE379A); Patch Panel 24P CAT6-568AB Gigalan PR (6619); Rack KVM Trendnet 8 Portas USB TK-803R; Switch 24P EZNET-24SW (752.8842); Switch 3Com Superstack ACK4226 T 24x10/100 (3C17300A); Switch 3Com 24 Ports 10/100+Gigabit (3C16475CS); Switch 3Com 4500 24x10/100 MBPS +2K Mini GBI (3CR175); Switch San Cisco MDS 9124 16P – Ports Active Fabric (AG647A); Switch 3Com Baseline 2250Plus 48x10/100MBPS 2x10/10; Switch 3Com Baseline 24x10/100 MBPS (RJ45); Switch 3Com Officeconnet 16x10/10 (3C1679); Switch Desktop 3Com Gigabit 8 Port (3CGSU08) e Switch Baseline 2250 Plus 10/100 – 3C16476CS), nenhuma destinada à utilização ou aplicação exclusiva em informática, nem estão contempladas na lista de produtos do Anexo 5-A, do RICMS/BA.*

As operações internas envolvendo aparelhos e equipamentos de informática são tratadas no inciso V, do artigo 87, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97 e, na época das operações mercantis que constam na autuação fiscal, cuja redação vigente era a seguinte:

Até 11/04/2007:

“Art. 87. É reduzida a base de cálculo:

(...)

V - das **operações internas** com aparelhos e equipamentos de processamento de dados e seus periféricos (“hardware”), bem como com suprimentos para armazenamento de dados e **outros de uso exclusivo em**

informática, inclusive automação, em 58,825%, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7%;" (grifo nosso).

A partir de 12/04/2007:

"Art. 87. É reduzida a base de cálculo:

(...)

"V - das operações internas com aparelhos e equipamentos de processamento de dados e seus periféricos ("hardware"), inclusive automação, bem como com suprimentos de uso em informática para armazenamento de dados e impressão, indicados no Anexo 5-A, em 58,825%, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7%;

Redação dada ao inciso V do caput do art. 87 pela Alteração nº 87 (Decreto nº 10316, de 11/04/07, DOE de 12/04/07), efeitos de 12/04/07 a 31/01/09;" (grifo nosso)

A defendente traz o argumento de que o autuante aplicou a legislação de forma retroativa, e restringiu o benefício fiscal, quando a legislação vigente assim não o fazia.

Contudo, no que diz respeito ao período até 11/04/2007, a questão já foi pacificada na DITRI/SEFAZ/BA (Diretoria de Tributação), que fundamentou diversos pareceres exarados pela GECOT – Gerência de Consultas e Orientação Tributária, e são unâimes ao afirmarem que o benefício fiscal da redução da base de cálculo, tratados no inciso V do artigo 87, do RICMS/BA, está restrito aos itens de uso exclusivo em informática e todos os produtos que não atendem a esse requisito devem ser tratados com a tributação normal.

Constatou que o autuante levou em consideração a redação do inciso V do art. 87, vigente à época de cada período fiscalizado e, em nenhum momento, seguiu preceitos e conceitos produzidos por alterações posteriores a esse período, o que rechaça a acusação de ilegalidade na interpretação inserida na autuação, em especial quanto à **"restrição de forma retroativa"**.

Outrossim após a inserção do Anexo 5-A, no Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, ou seja, a partir de 12/04/07, a legislação veio redefinir o alcance da norma, restringindo a aplicação da redução da base de cálculo aos produtos nele listados.

Em referência aos produtos CD-R, fios e cabos, os Pareceres GECOT nos 14981/2006 e 5887/2006, são claros quanto à sua não inclusão no benefício fiscal contido no art. 87, V, do RICMS/97, pois podem ser destinados a outros fins, a exemplo de leitura em aparelho de som convencional, armazenagem audio-visual, etc.

Desta forma, os esclarecimentos contidos nos pareceres GECOT/DITRI, alcançam quase a totalidade dos produtos autuados e **são unâimes ao afirmarem que o benefício fiscal da redução da base de cálculo**, tratados no inciso V do artigo 87, do RICMS/BA, **está restrito aos itens de uso exclusivo em informática** e todos os produtos que não atendem a esse requisito devem ser tratados com a tributação normal, isto até a data de 11/04/2007, e a partir daí, aplica-se o Anexo 5-A do RICMS/BA.

Desta forma, por não encontrar as ilegalidades apontadas na defesa, mas constatar que a acusação fiscal encontra-se amparada na legislação tributária, vigente em cada período autuado, voto pela procedência da infração.

A infração 2 foi reconhecida pelo sujeito passivo, fica mantida e fora de apreciação, na qualidade de relatora deste PAF.

Por último, a infração 3 refere-se à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito.

Foi verificado na ação fiscal que o contribuinte lançou no Livro Registro de Apuração do ICMS, no campo de "outros créditos", nos meses de Janeiro/07 até Setembro/07, valores a título de apropriação de crédito fiscal referente à Aquisição de Ativo Permanente, mas não apresentou os competentes documentos fiscais, nem o Controle do CIAP, para a verificação da legitimidade

destes créditos. Tudo apurado conforme Anexos 03 e 03-A, e cópias dos livros Registros de Apuração e ICMS.

O argumento principal do defetende, com relação a esta infração é que o autuante não apontou a que notas fiscais os créditos glosados se referem, argumento que tenta confundir a legitimidade da autuação, vez que o seu fulcro é justamente a falta de documentos fiscais que embasem o crédito fiscal, vez que estes têm que estar respaldados em notas fiscais idôneas, a teor do disposto no art. 97 incisos VII e IX do RICMS/BA.

Tendo em vista que os documentos fiscais que teriam dado direito ao creditamento do imposto não foram apresentados, voto pela procedência da infração.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **300199.0001/11-8**, lavrado contra **LEBRE TECNOLOGIA E INFORMÁTICA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$19.619,21**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “b” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores efetivamente pagos.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de dezembro de 2011.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR