

**PROCESSO** - A. I. N° 207351.0005/08-6  
**RECORRENTES** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e MEGAWARE COMERCIAL LIMITADA  
**RECORRIDOS** - MEGAWARE COMERCIAL LIMITADA e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSOS** - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0035-02/11  
**ORIGEM** - IFEP – DAT/SUL  
**INTERNET** - 12/04/2012

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF N° 0107-11/12

**EMENTA:** ICMS. BENEFÍCIO FISCAL. ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO. TRIBUTO RECOLHIDO A MENOS. Estabelecimento industrial situado no polo de informática de Ilhéus e beneficiário dos incentivos previstos no Decreto nº 4.316/95 apurou e recolheu o imposto a menos. Demonstrado o recolhimento pelo autuado de parcela do imposto exigido. Infração parcialmente procedente. Rejeitadas preliminares de nulidade suscitadas. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recursos de Ofício e Voluntário interpostos contra a Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JJF nº 0035-02/11), que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado para imputar ao contribuinte o recolhimento a menos do ICMS, em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto.

Consta que o contribuinte é beneficiário do Decreto nº 4316/95, a saber: 1) Crédito presumido de 100% nas saídas de produtos acabados produzidos pela indústria instalada no Polo Industrial de Ilhéus (art. 2º); 2) Carga tributária equivalente a 3,5% sobre o valor das saídas de produtos acabados adquiridos de terceiros (art. 7, I e §); 3) Outras saídas, fora do escopo das duas anteriores tratadas pela regra geral. ICMS reclamado no valor de R\$59.004,68 e multa de 60%.

Após os trâmites legais, a Junta de Julgamento Fiscal decidiu a lide administrativa na seguinte literalidade:

*“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 Polo 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 argüições 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 pelo autuado, 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.”*

Em atendimento ao artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, a Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal.

De outra parte, o sujeito passivo, inconformado, interpôs o Recurso Voluntário de fls. 241/257, apresentando, inicialmente, um relato sobre as operações e o tratamento fiscal que a empresa fazia jus, em decorrência do Decreto Estadual nº 4.316/95, tecendo comentário sobre o acórdão recorrido.

Em seguida, suscitou a nulidade do Auto de Infração, sob o fundamento de que a fiscalização teria presumido o recolhimento a menor do ICMS, por suposto aproveitamento de benefícios do Decreto nº 4316/95, em situações por ele não abrangidas, tese prejudicada pela análise das notas fiscais que suportaram as operações, cujas cópias foram juntadas aos autos.

Destacou que, em face do princípio da tipicidade cerrada, o fato gerador do tributo não poderia ser presumido, mas deveria ser provado, o que não ocorreu, porquanto preferiu o Fisco cobrar o tributo supostamente devido, para, após a lavratura do Auto de Infração, transferir ao

contribuinte o ônus da prova, em manifesta afronta ao disposto no artigo 113, § 1º, do Código Tributário Nacional.

Asseverou, taxativamente, que “o Auto de Infração nº 207351.0005/08-6 é nulo, porquanto baseado em meras presunções da D. Fiscalização.”

No mérito, o sujeito passivo pugnou pela reforma da Decisão recorrida, com o consequente cancelamento do valor remanescente da exigência fiscal, concentrando as argumentações recursivas nos seguintes pontos:

*“i) o recorrente se beneficia do Decreto nº 4.316/95, o qual concede, nas condições determinadas na legislação, (a) diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS na importação de produtos de informática; (b) 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 (c) 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;*

*ii) em relação ao período de novembro de 2004, o I. Fiscal apurou um creditamento indevido, no valor de R\$ 14.820,99, relativo à nota fiscal nº 259, tendo em vista a suposta vedação, pelo artigo 4º do Decreto 4.316/95, ao referido creditamento. Contudo, essa operação de aquisição de mercadoria não estava vinculada à industrialização dos produtos abrigados pelo Decreto, já que o recorrente é empresa comercial, e não industrial. Assim, com base no princípio da não-cumulatividade, o recorrente tem o direito de se creditar do valor de R\$ 14.820,99;*

*iii) em relação ao período de março de 2005, o recorrente demonstrou que efetuou operação de venda de um produto, que foi emitida a nota fiscal de saída nº 3136, em que foi destacado o ICMS devido (R\$ 47.314,80). Porém, no mesmo mês, anteriormente ao recolhimento do imposto, essa venda foi cancelada e o produto foi devolvido à Recorrente, razão pela qual foi necessário emitir a Nota Fiscal de entrada nº 3138, com o destaque do mesmo ICMS (R\$ 47.314,80), neutralizando essa operação mercantil; e*

*iv) apenas para esclarecer, em que pese as notas fiscais 3136 e 3138 destacarem o ICMS no valor de R\$ 47.314,80, o ICMS efetivamente devido nessa operação era de R\$ 13.800,15, que equivale a 3,5% sobre o valor total dos produtos vendidos pelo recorrente, conforme autorizado pelo Decreto nº 4.316/95.”*

Finalizou a irresignação, pleiteando o Provimento do Recurso Voluntário, para que fosse determinado o cancelamento integral da exigência fiscal consubstanciada no Auto de Infração discutido.

A PGE/PROFIS, no Parecer de fls. 263/264, opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, afastando a preliminar de nulidade sustentada pelo recorrente, sob o argumento de que a autuação não estava fundamentada em mera presunção, porquanto a Fiscalização listou as operações com utilização equivocada do benefício fiscal e anexou documentos para comprovação.

No tocante às Notas Fiscais de nºs 3136 e 3138, em relação às quais entendeu a JJF não serem os documentos trazidos ao feito, visando comprovar o sustentado cancelamento da operação, suficientemente nítidos para serem aceitos, assegurou a Procuradoria que, como o recorrente não trouxe novas cópias dos elementos informativos invocados, não seria possível se acolher a sua tese, posto que dependente de tal análise.

Quanto à Nota Fiscal de nº 259 [258], manifestou sua concordância com o julgamento de primeira instância, o qual concluiu que o documento fiscal correspondia à aquisição de componentes, partes, peças e componentes de informática, sendo proibida a utilização do crédito respectivo, em face da regra insculpida no art. 4º do Decreto nº 4316/95.

## VOTO

Consoante minuciosamente relatado, versam os autos, nesta fase procedimental, de Recursos de Ofício e Voluntário, este último interposto pelo sujeito passivo no intuito de reformar o decisório de piso em relação à parte remanescente da ação fiscal.

Assim é que, inicialmente, o contribuinte pleiteou a nulidade da autuação, argumentando ter a Fiscalização se baseado apenas em uma presunção para constituição do crédito tributário e

imputação de recolhimento a menor do ICMS, por suposto aproveitamento de benefícios do Decreto nº 4316/95, em situações não permitidas.

Após análise cuidadosa, considero desmerecedora de acolhimento a preliminar apresentada, porquanto se verifica no feito, de forma clara, que a exigência, ao contrário do que alega o contribuinte, não se encontra fundamentada em mera presunção, mas apurada com base em documentos, consoante demonstram as planilhas de fls. 06 a 11, relacionando cada uma das notas fiscais objeto da imputação, com detalhes da operação, bem como o mecanismo utilizado no cálculo e a legislação reguladora da matéria.

Outrossim, válido destacar que, às fls. 57/60, se encontra documento apresentado pela Fiscalização e recebido pelo autuado, intitulado “Informações Sobre a Fiscalização Aplicada”, detalhando, de forma didática, os pontos relevantes da legislação aplicada, objetivando um melhor entendimento do trabalho desenvolvido na ação fiscal, tendo o autuante, ao enfrentar duas diligências, prestado informações fiscais bem particularizadas, inclusive confirmando que todas as operações foram calculadas com carga tributária equivalente a 3,5%, consoante art. 7º do Decreto nº 4316/95.

Meritoriamente, em relação à temática do Recurso de Ofício, posiciono-me na linha de que, de forma correta, a Junta de Julgamento Fiscal decidiu pela redução do valor do débito exigido na infração, depois da comprovação, inclusive reconhecida pelo próprio autuante, de que o contribuinte, efetivamente, recolheu, mesmo que de forma intempestiva (em 06/02/2004), portanto, bem antes de iniciada a fiscalização, o valor de R\$ 30.051,81, equivalente à diferença apurada com fato gerador em 31/12/2003, disso resultando a impossibilidade de manutenção da exigência, no específico, daí não se apresentando cabível reforma na Decisão recorrida.

Por outro lado, analisando a primeira argumentação meritória apresentada no Recurso Voluntário, na linha de que a Nota Fiscal nº 258 não corresponderia à mercadoria vinculada à industrialização, sendo passível de utilização do crédito fiscal nela destacado, entendo que o sujeito passivo não logrou êxito em elidir a acusação, visto que não trouxe aos autos qualquer elemento que confirmasse a simples comercialização daquelas mercadorias.

Com efeito, o que se observa do teor da referida nota fiscal (fl. 205) é que se refere à compra de componentes, partes e peças, adquiridos junto a Alca Comercial e Informática Ltda., disso resultando, em decorrência da regra constante do art. 4º do Decreto nº 4316/95, a vedação da utilização do crédito pelo autuado, posto que empresa instalada no Distrito Industrial de Ilhéus – Polo de Informática, e que é comprovadamente beneficiária dos incentivos previsto no aludido Decreto.

*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.*

A par de tal aspecto, é cediço que a empresa, ao exercer atividades simultâneas de industrialização e comercialização de mercadorias adquiridas de terceiros, com benefícios fiscais, é aconselhável, a fim de demonstrar com clareza as suas operações, que as registre de forma separada.

No que tange à segunda tese recursal, atinente ao cancelamento da operação de venda de mercadoria, especificamente à falta de recolhimento do imposto devido com base na Nota Fiscal de Saída nº 3136 (fl. 207), que teria sido objeto de cancelamento através da Nota Fiscal de Entrada nº 3138 (fl. 206), emitida para reposição no estoque, comungo do entendimento emanado na Decisão da JJF e corroborado pela PGE/PROFIS, de que os documentos trazidos para comprovar o alegado cancelamento da operação não se encontram suficientemente nítidos para dirimir as dúvidas provenientes da divergência de valores entre as citadas notas fiscais, apresentando-se como imprestáveis para elidir a imputação fiscal.

Registre-se que, em se tratando de cancelamento, o contribuinte deveria seguir as regras atinentes a tal procedimento, previstas nos artigos 211 e 212 do RICMS, o que não restou comprovado.

Válido frisar que o julgador se cinge ao conteúdo dos autos e, no caso específico, o conjunto probatório acostado não permite se chegar à conclusão diversa da ora expressada, nesse diapasão impossibilitando o acolhimento da tese defensiva, porquanto sem apresentação de elementos informativos capazes de viabilizar, com segurança, a comprovação do quanto alegado.

Entretanto, considerando o formalismo mitigado que reveste o PAF, o contribuinte, em qualquer momento da tramitação processual, poderá produzir as provas que julgar necessárias à sua defesa, até mesmo após o julgamento de 2ª Instância, em sede de Pedido de Controle da Legalidade.

De todo o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO de ambos os Recursos, de Ofício e Voluntário, permanecendo na íntegra a Decisão recorrida, e confirmada a PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207351.0005/08-6**, lavrado contra **MEGAWARE COMERCIAL LIMITADA**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$28.952,87**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de março de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RIDRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS