

A. I. N° - 206969.0006/09-6
AUTUADO - NOVADATA SISTEMAS E COMPUTADORES S/A
AUTUANTE - IRLENE ERCI LINO
ORIGEM - INFAZ ILHÉUS
INTERNET - 31/07/2012

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0165-03/12

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. TRANSFERÊNCIA IRREGULAR DE SALDO CREDOR. Ficou comprovado que houve transferência incorreta de saldo credor inexistente no período anterior, lançado no mês de janeiro de 2004, haja vista que no mês anterior (dezembro de 2003), foi apurado ICMS a recolher e não saldo credor. Infração subsistente. 2. CRÉDITO FISCAL. MERCADORIAS CUJAS SAÍDAS SÃO BENEFICIADAS COM ESTORNO DE DÉBITO. DECRETO N° 4.316/95. ESTORNO DE DÉBITO EFETUADO IRREGULARMENTE. De acordo com os elementos acostados aos autos pela autuante, inclusive os demonstrativos correspondentes, o autuado efetuou o estorno de débito do ICMS a mais que o de direito, decorrente da utilização do estorno de 100% do débito do ICMS destacado nas saídas por revenda de produtos adquiridos de terceiros. Infração subsistente. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/06/2009, refere-se à exigência de R\$1.676.747,48 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a transferência incorreta de saldo credor do período anterior. Em janeiro de 2004, transferiu incorretamente saldo credor do período anterior (dezembro de 2003), quando foi apurado ICMS a recolher, e não saldo credor. Valor do débito: R\$60.631,77.

Infração 02: Utilização de estorno de débito a maior que o de direito decorrente de comercialização de produtos adquiridos no mercado interno com uso do crédito e/ou importados com diferimento do ICMS, utilizando indevidamente estorno de débito de 100% do ICMS destacado nas saídas de mercadorias nacionais, no período de janeiro a dezembro de 2004 e de fevereiro a dezembro de 2005. Valor do débito: R\$1.616.115,71.

O autuado, por meio de advogado com procuração à fl. 709, apresentou impugnação (fls. 639 a 691), alegando que o Auto de Infração não merece prosperar, uma vez que traz em seu bojo uma série de incorreções que demandam sua insubsistência. Cita o art. 39 do RPAF/BA, e diz que o Auto de Infração deixou de apontar algumas informações imprescindíveis, haja vista que na primeira infração o Auto de Infração apenas menciona que o impugnante teria utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS por ter transferido incorretamente saldo credor do período anterior. Muito embora mencione que no referido “período anterior” (dez/03) tenha sido apurado débito do imposto e não crédito, não há qualquer informação sobre o procedimento ou mesmo o levantamento realizado para se apurar o suposto saldo devedor de ICMS. Portanto, não há menção sequer de qualquer anexo que poderia, em tese, demonstrar ainda que sinteticamente os cálculos que levaram à referida conclusão, tampouco informações sobre o levantamento fiscal que teria permitido ser efetuada tal glosa.

No que tange à segunda infração, diz que a situação se agrava, haja vista que de acordo com a descrição dos fatos, o impugnante teria, em síntese, estornado débito de ICMS em desacordo com a legislação. Todavia, ao tentar especificar qual foi a ilegalidade, o Auditor narra de forma confusa a infração cometida pelo autuado, deixando de narrar os casos em que houve o estorno de 100% do débito e os casos em que resultou em carga tributária de 3,5%. Afirma que há apenas a descrição genérica e confusa como se o impugnante tivesse estornado indevidamente 100% de débito de ICMS e também, em outras hipóteses, estornou débitos de modo a resultar em carga de 3,5%, o que, como será visto em tópico específico, não corresponde à realidade. O defendente alega que foram utilizados fundamentos legais demasiadamente genéricos para se apontar a supostas infrações cometidas pela impugnante, de forma que os mesmos não se subsumem exatamente aos fatos narrados na autuação. Em relação aos acréscimos legais não há sequer a sua fundamentação legal no auto de infração, o que impede o impugnante de saber os dispositivos legais que fundamentam o chamado “acrécimo moratório”, o que, de igual modo, a inquina de absoluta nulidade. O defendente afirma que o Auto de Infração é carecedor dos elementos de clareza e precisão exigidos pela legislação de regência do processo administrativo, de modo que é possível se considerar que a ausência dessas informações implica na nulidade do trabalho fiscal, também porque impede o impugnante de exercer corretamente o seu direito de ampla defesa. Quanto a este assunto, apresenta o entendimento da administração pública federal, que reconheceu a total nulidade do procedimento fiscal em que não foi dado ao contribuinte integral ciência do objeto fiscalizado. Pede a nulidade do Auto de Infração, por entender que os fatos narrados não correspondem à realidade, inexistindo qualquer comprovação documental da ocorrência das supostas infrações. Diz que o Auto de Infração não está instruído com qualquer documento válido, apto a ensejar foro de veracidade às alegações fiscais, o que será demonstrado de forma individualizada por infração. Da análise do Anexo II da autuação, que traz o demonstrativo da conta corrente fiscal de ICMS do autuado, o Auditor Fiscal exclui o referido saldo credor utilizado para a apuração do imposto no período de dezembro de 2003, fazendo constar ao lado da exclusão os vocábulos “levant. fiscal”, dando a entender que a referida “glosa” se deu por levantamento fiscal. Entretanto, em momento algum foram esclarecidos a forma e o tempo em que fora efetivado tal levantamento fiscal. Alega que o Auditor fiscal cingiu-se a elaborar uma tabela de duas linhas com a informação do valor do saldo credor desconsiderado, sem explicar, no entanto, como chegou à conclusão de que haveria saldo devedor de imposto no período de dezembro de 2003. Portanto, não há prova na autuação de que o impugnante tenha transportado equivocadamente o saldo credor apurado.

O defendente argumenta que o lançamento deve ser embasado em provas concretas e irrefutáveis da ocorrência do fato gerador, constituindo um dever da fiscalização demonstrar através de documentos irrefutáveis a ocorrência das infrações, conforme determina o art. 41, II, do Decreto nº 7629/99, dever este que, contudo, não foi cumprido pela fiscalização. Reproduz ensinamentos de James Martins e diz que a Fiscalização inverteu totalmente o ônus da prova, impondo ao contribuinte o dever de provar a regularidade das operações realizadas, quando o correto é justamente o contrário. Nesse sentido, menciona o posicionamento do Conselho de Contribuintes (atual Conselho Administrativo de Recursos Fiscais), órgão público federal vinculado ao Ministério da Fazenda.

No mérito, o autuado diz que o primeiro argumento que torna improcedente a autuação é o fato de que parte do crédito tributário lançado já se encontra fulminado pela decadência, na medida em que o lançamento ocorreu apenas após o escoamento do prazo de 5 (cinco) anos, contados da ocorrência dos respectivos fatos geradores. Cita os arts. 150, § 4º e 173 do Código Tributário Nacional, assegurando que o entendimento maciço da jurisprudência, é no sentido de que se conta o prazo decadencial a partir da ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, do CNT), e somente quando não há pagamento antecipado, ou há prova de fraude, dolo ou simulação é que se aplica o disposto no art. 173, I, do CTN" (REsp 183.603/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 13.8.2001). Assim, o defendente entende que o lançamento fiscal impugnando inclui valores que se encontram

extintos pelo transcurso do prazo decadencial, a teor do disposto no artigo 150, §4º, do CTN, combinado com o artigo 156, V do mesmo diploma legal, quais sejam, de janeiro a junho de 2004. Por isso, diz que é absolutamente nulo o auto de infração, razão pela qual deve, por tal motivo, ser imediatamente cancelado, ou então, na remota hipótese de ser mantido, que sejam afastados do lançamento os valores acobertados pela decadência.

Quanto à primeira infração, o defendente alega que conforme já explicitado em preliminar, embora conste na autuação que o saldo do período de dezembro de 2003 era devedor, constatação esta feita através de levantamento fiscal, não há nos autos qualquer menção ao referido levantamento, data da sua realização e o procedimento adotado, e tal fato, por si só, representa flagrante cerceamento de defesa do impugnante, que se vê tolhido de impugnar os argumentos utilizados para a glosa do referido saldo credor. O autuado esclarece que fora fiscalizado pela Receita Estadual, referente ao ICMS dos períodos de 2001 a 2003, e esta Fiscalização culminou com a lavratura de Auto de Infração, objeto do processo administrativo nº 206969.0005/06-5, através do qual houve o lançamento de imposto para o referido período (docs de fls. 693 a 697 dos autos). Provavelmente, a Fiscalização considerou que o saldo do imposto do período de dezembro de 2003 era devedor em decorrência do referido processo, que acabou apurando imposto a pagar. Contudo, em momento algum tal fato é mencionado na autuação, deixando tudo no campo das hipóteses. Argumenta que a comprovação da suposta transferência incorreta do saldo credor deveria se dar de forma cabal e irrefutável. E esta comprovação se refere exatamente à existência de suposto saldo devedor no período de dezembro de 2003. Do contrário, trata-se apenas de mero argumento sem se fazer corroborar em provas que lhe atribuam foro de veracidade. Esclarece que, à época da transferência, existia, de fato, o aludido saldo credor, de forma que a conduta do impugnante estava imbuída de boa-fé e pautada na mais pura realidade da empresa, razão pela qual, somados todos os argumentos anteriores, entende que é improcedente a autuação, diante da não comprovação da infração por parte do Fisco estadual.

Quanto à infração 02, diz que a Fiscalização relacionou nos Anexos I-A e I-B todas as notas fiscais de saída emitidas no período de janeiro de 2004 a dezembro de 2005, separando-as por período e CFOP, para fins de verificação da correção dos estornos de débito do ICMS. Para os casos em que o defendente havia efetuado a venda de um produto adquirido no mercado interno, considerou que o mesmo não representava venda de produção do estabelecimento, efetuando, com isto, a glosa do estorno de 100% do débito de ICMS que o impugnante havia feito com fundamento no art. 2º do Decreto nº 4.316/95. Já para os casos de vendas de mercadorias importadas, a Fiscalização considerou que o impugnante estava dando a saída de um produto acabado e por isso, não faria jus ao estorno de 100% do débito de ICMS, mas sim a um crédito na sua escrita fiscal, de modo que a carga tributária da saída representasse apenas 3,5% da operação, com fundamento no art. 7º do mencionado decreto. Alega que a Fiscalização pautou-se em premissas equivocadas para efetuar a glosa dos referidos estornos, uma vez que as operações realizadas pelo autuado encontravam-se, de fato, acobertadas pelo estorno de 100% do débito de ICMS, previsto no artigo 2º, do Decreto nº 4.316/95.

Salienta que, para se fazer jus ao estorno do débito de ICMS, nos moldes do art. 2º, do Decreto nº 4.316/95, devem ser preenchidos dois requisitos fundamentais: a) a saída deve ser resultante de processo de industrialização; e b) devem ser aplicadas na mercadoria vendida as peças ou componentes recebidos com o tratamento do diferimento previsto no art.1º do mencionado Decreto, e o aludido diferimento, por sua vez, encontra-se previsto no artigo 1º e artigo 1º-A, deste mesmo Decreto 4.316/95 que, em síntese, estabelece: a) o diferimento do lançamento e pagamento do imposto relativo ao recebimento do exterior componentes, partes e peças utilizadas na produção de produtos de informática, ou mesmo, o próprio produto de informática (art.1º, e incisos); e b) o diferimento do lançamento nas operações internas que destine ao fabricante de produtos de informática partes, peças e componentes a serem utilizados no processo produtivo. Assim, o defendente assegura que adotava a seguinte sistemática: efetuava compras de peças ou produtos, tanto no mercado interno, quanto no mercado externo, ocasião em

que deixava de apurar o crédito do imposto devido pela entrada, justamente em decorrência de estas entradas se encontrarem amparadas pelo diferimento do ICMS. Após a aquisição dos referidos produtos, o defendente efetuava a sua montagem, configurando-o de modo a resultar em um produto exclusivo “Novadata”, com as características solicitadas pelo comprador. Ao dar a saída do produto de seu estabelecimento, por considerar preenchidos os requisitos do artigo 2º, do Decreto nº 4.316/95, o impugnante efetuava o estorno de 100% (cem por cento) do débito de ICMS destacado na nota fiscal de saída. Para esclarecer este fato, o defendente traz aos autos cópias de algumas notas fiscais de venda de produtos adquiridos no mercado interno e de venda de produtos adquiridos no mercado externo, assim como os demonstrativos de montagem do produto, a exemplo das notas fiscais de saída nº 46367; 46387 e 46404, constantes do Anexo I-A do auto de infração (fls. 06 e 07), que tinha por objeto a saída de “Impressora Laser Mono Tipo 2 – E323N) (fls. 699/701). Assegura que, diferentemente do entendimento adotado pela fiscalização, este produto não foi simplesmente adquirido pelo impugnante no mercado interno e, posteriormente, por esta revendida. A referida mercadoria se submeteu a processo de montagem e configuração para que pudesse atender ao pedido do cliente comprador. A cada pedido, o impugnante emite a correspondente “ordem de produção”, a qual traz discriminadamente todas as “intervenções” que a peça adquirida deverá sofrer para resultar em um produto exclusivo. No caso das impressoras descritas nas notas fiscais mencionadas anteriormente, o defendente junta aos autos a respectiva “ordem de produção – nº 3868”, (fl. 703) a qual informa que o equipamento adquirido recebe etiqueta específica de patrimônio do comprador (Nossa Caixa), cabo UTP e transformador. Portanto, o impugnante agrega à mercadoria adquirida uma série de outros componentes, configurando-a de forma a torná-la um novo produto, uma nova mercadoria. Em outras palavras, ainda dentro do exemplo dado, o impugnante compra a impressora, mas a transforma através de industrialização por montagem em um novo produto, o “kit” de estação de informática, no qual a impressora é parte integrante e já sai montada com os seus demais acessórios e devidamente configurada nos moldes solicitados pelo comprador. Diz que se trata de procedimento de montagem, que pode ser caracterizado como produção própria, e não mera revenda, a fazer jus, portanto, ao benefício concedido no referido decreto. Informa que o mesmo se deu com produtos importados, como os switch, objeto das notas fiscais nº 46454 (fl. 705), que também de acordo com a respectiva ordem de produção (707), também foram submetidos a industrialização por montagem específica para venda ao cliente que efetuou o pedido. Diz ainda, que embora os exemplos dados se refiram às impressoras e switch que tiveram glosado o estorno de débito do imposto por ocasião de suas saídas, o mesmo se aplica a maior parte das notas fiscais de saída que tiveram os estornos do imposto glosados, como por exemplo, nos casos das saídas de estabilizadores e “scanners”, que também sofreram processo de industrialização por montagem. Salienta que os referidos documentos têm o condão de ilustrar a realidade de toda a autuação, mas que foram juntados apenas nesta quantidade dado o grande volume de documentos envolvidos na autuação e o exíguo prazo para apresentação de defesa. Apresenta o entendimento de que as saídas de seu estabelecimento caracterizavam-se como saída de produção própria (dado o processo de montagem) e que faziam jus ao estorno do imposto debitado na saída, o que pode ser facilmente constatado através de diligência fiscal a ser realizada na empresa, e o fato de os produtos adquiridos (seja no mercado interno, seja no mercado internacional) terem se submetido ao processo de montagem, já podem ser considerados como produção própria, haja vista que a incorporação de novos componentes ao produto final, ou mesmo, a simples configuração do produto adquirido nos moldes específicos exigidos pelo comprador, é considerada como produção, inclusive a teor do disposto no art. 46, do CTN e artigo 4º do Decreto 4.544/02.

Em seguida, o defendente alega que, mesmo entendendo ser caso de incidência do ICMS na saída, a fiscalização deixou de considerar os créditos decorrentes das entradas dos produtos que, por ocasião de sua saída, tiveram o estorno de débito do imposto glosado. Simplesmente tributar as operações, sem reconstituir a conta gráfica do impugnante, o auto de infração acabou por tributar de maneira exclusiva e isolada as operações praticadas, alijando-as do sistema de crédito-débito

inerente ao princípio constitucional da não-cumulatividade. Diz que direito ao crédito de ICMS na entrada de mercadorias é oriundo diretamente do princípio constitucional da não-cumulatividade (artigo 155, § 2º, inciso I, da CF/88).

O defendente contesta a multa aplicada, alegando que esta se revela totalmente abusiva, posto que aplicada no percentual de 60% sobre o imposto supostamente devido. Diz que não se pode aceitar a multa aplicada nesse altíssimo percentual, posto que se revela totalmente desproporcional às infrações apontadas, merecendo ser reduzida. Transcreve o art. 112 do CTN e lições do jurista Sacha Calmon Navarro Coelho, além de decisão do STF. Contesta, também a aplicação da Taxa SELIC e de sua cumulação com a correção monetária. Alega que a inconstitucionalidade que envolve a aplicação da Taxa SELIC deve ser afastada, fazendo prevalecer a incidência dos juros moratórios previstos pelo artigo 161, § 1º, do Código Tributário Nacional (1% ao mês) e, caso se entenda pela manutenção da Taxa Selic que, ao menos, seja afastada a sua incidência sobre o débito já corrigido, fazendo-a incidir tão-somente sobre o valor histórico devido, sem qualquer correção monetária. Por fim, o defendente reitera o pedido de nulidade do Auto de Infração e, caso este não seja o entendimento, que seja reconhecida a decadência parcial do crédito tributário lançado; que sejam afastados os valores acobertados pela decadência; que seja reconstituída a conta gráfica do imposto, com a utilização dos créditos decorrentes da suposta entrada das mercadorias objeto das notas fiscais autuadas; e ainda, que seja determinada a redução do percentual da multa aplicada para percentual não superior a 20% (vinte por cento); e por fim, que seja determinado o expurgo do índice da taxa referencial SELIC como critério de juros moratórios, para aplicação dos juros moratórios de 1% (um por cento) previstos no art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, ou então, ao menos, que seja afastada a sua incidência sobre o débito já corrigido, fazendo-a incidir tão-somente sobre o valor histórico devido, sem qualquer correção monetária. Protesta pela juntada de novos documentos e declarações ainda não colacionados e que não puderam ser juntados aos autos em função da exigüidade do tempo e do volume envolvido, bem como pela produção de outras provas, em atendimento ao princípio da verdade material que rege o processo administrativo tributário.

A autuante, em sua informação fiscal às fls. 712 a 723 dos autos, diz que o auto de infração foi lavrado com observância de todos os requisitos legais, as infrações estão descritas correta e claramente, estando demonstradas nos levantamentos anexos ao presente PAF. Assegura que foi entregue ao contribuinte cópia de todos os anexos juntamente com uma via do auto de infração, bem como, foram devolvidos ao defendente todos os documentos e livros arrecadados no curso da ação fiscal. Ressalta que há equívoco do autuado ao informar que é “sociedade comercial de responsabilidade limitada”, informação contraditada pela própria razão social do contribuinte autuado - NOVADATA SISTEMAS E COMPUTADORES S/A - logo é uma empresa sujeita à legislação própria das Sociedades Anônimas – S/A. Quanto ao pedido de nulidade do auto de infração entende que não deve prosperar, afirmando as alegações defensivas são totalmente infundadas, conforme argumentos a seguir:

a) A alegação que haveria nulidade do auto de infração “em virtude da precária instrução e do cerceamento de defesa da impugnante” diz que não corresponde à realidade dos fatos descritos no auto de infração, porque a narrativa da primeira infração é sucinta, objetiva e clara. Não há que se falar em levantamentos ou demonstrativos a serem realizados, haja vista que foi apurado saldo devedor do ICMS relativo ao mês de dezembro de 2003, em fiscalização anterior, já julgada procedente, com informação consignada referente ao Auto de Infração nº 206969.0005/06-5 lavrado em 20/09/2006, sendo fixada uma cópia do mesmo no livro RUDFTO do contribuinte, conforme cópias às folhas 477 do PAF. Logo, não existe saldo credor do período anterior. Em janeiro de 2004, como o autuado escriturou e utilizou o valor de R\$60.631,77 como saldo credor do período anterior, este crédito é indevido e foi objeto autuação descrita na primeira infração, constante deste PAF.

Em relação à segunda infração, assegura que ela está descrita de forma clara, não deixando dúvidas quanto ao fato descrito e legislação aplicável. Como a quantidade de operações é muito

grande, elas estão discriminadas nos Anexo I-A (exercício de 2004) e Anexo I-B (exercício de 2005), resumidas no Anexo I, compondo o auto de infração, conforme folhas 01,02, 16 a 450 do PAF. Assim, a autuante afirma que não são verídicas as alegações do impugnante de que a autuante teria deixado de narrar os casos em que houve o estorno de 100% e os casos em que resultou em carga tributária de 3,5%. Diz que os fundamentos legais citados no auto de infração estão corretos, não havendo nenhuma retificação a ser feita nem no enquadramento nem nos dispositivos da multa aplicáveis. Quanto à informação constante no Auto de Infração de que “o débito está sujeito a correção monetária, acréscimos moratórios e multa o “Anexo do Demonstrativo de Débito” contém esclarecimentos a respeito da forma de cálculo dos acréscimos (multa, correção dos acréscimos legais), conforme folha 02 (no campo da “intimação”) e 06 do PAF.

Quanto ao argumento defensivo de nulidade do auto de infração por ausência de prova da ocorrência das infrações e ilegitimidade da presunção adotada, a autuante informa que as infrações descritas no auto de infração estão perfeitamente comprovadas no PAF, sendo a primeira infração comprovada por meio do uso indevido de crédito na transferência incorreta de saldo credor do período anterior, quando havia imposto a recolher e não saldo credor, conforme apurado no auto de infração da fiscalização anterior onde consta a informação de que no mês de dezembro de 2003 foi apurado ICMS a recolher, e não saldo credor a ser transportado para o período seguinte (fl. 477) e pela escrituração do livro Registro de Apuração de ICMS referente ao mês 01/2004, onde se verifica a utilização (indevida) de saldo credor do período anterior, e ainda a DMA ref. 01/2004 (fls. 511 e 460).

Diz que a segunda infração está devidamente comprovada com os anexos I-A (exercício 2004), e I-B (exercício 2005), resumidos no Anexo I do Auto de Infração, que apresentam de forma discriminada o levantamento das operações classificadas por CFOP onde se apurou utilização indevida de estorno de débito, conforme pode ser verificado nas folhas 16 a 450 do PAF. Portanto, a autuante diz que não há que se falar em nulidade do auto de infração por falta de comprovação e/ou de demonstração da apuração das infrações. Assegura que elas foram fartamente demonstradas e comprovadas no PAF, sendo entregue ao contribuinte cópia do auto e de todos os seus anexos, não havendo nenhum cerceamento de defesa.

No mérito, a autuante contesta a alegação de decadência parcial do crédito tributário lançado, salientando que a matéria está definida no Regulamento do ICMS da Bahia aprovado pelo Decreto 6.284/97 em seu artigo 965, inciso I, que transcreveu.

Em relação aos argumentos defensivos quanto ao mérito da autuação, diz que se vê que a descrição das infrações está clara, não deixando dúvidas quanto aos fatos descritos. Efetivamente, havia ICMS a recolher em dezembro de 2003, e não saldo credor do ICMS, como comprovam os documentos anexos ao PAF, já citados na informação fiscal. Independentemente da boa-fé do contribuinte, diz que o imposto devido deve ser recolhido aos cofres públicos da Fazenda Estadual. Diz que, contrariamente à argumentação da defesa, as operações realizadas pelo autuado, objeto da infração 02, não estão acobertadas pelo estorno de 100% do débito do ICMS previsto no art. 2º do Decreto 4.316/95. Esclarece que o defendente “efetuava compras de peças ou produtos, tanto no mercado interno, quanto no mercado externo, ocasião em que deixava de apurar o crédito do imposto devido pela entrada, justamente em decorrência destas entradas se encontrarem amparadas pelo diferimento do ICMS” e revendia esses produtos, não efetuava nenhum processo de montagem/industrialização. O fato de colocar uma etiqueta com o nome da empresa e/ou juntar esse produto ao produto montado pela empresa não configura industrialização/montagem de produto beneficiada com o estorno de débito previsto no artigo 2º do Decreto 4.316/95. Salienta que, conforme informado na defesa, ao dar saída do produto de seu estabelecimento o autuado efetuava o estorno de 100% do débito do ICMS destacado na nota fiscal de saída, por considerar preenchidos os requisitos do art. 2º do Dec. 4.316/95. Informa que os itens que foram objeto da infração 02 são efetivamente produtos adquiridos já acabados, sem nenhuma intervenção no processo produtivo pela impugnante e, posteriormente revendidos. Observa que o

contribuinte utilizou em sua escrita fiscal o crédito correspondente a essas entradas a título de “outros créditos”. Pelas cópias de notas fiscais juntadas à defesa a título de exemplo: notas fiscais de saída n^{os} 46367, 46387 e 46404 (fls. 699 a 701), verifica-se que têm por objeto a saída de “Impressora Laser Mono Tipo 2 – E323N”, (fls. 672). A simples configuração do produto “impressora” e a sua venda juntamente com um computador montado pela empresa não torna a impressora uma produção do contribuinte. Diz que o mesmo ocorreu em relação aos produtos importados, como o *switch*, juntando cópia da nota fiscal n^o 46454 (fl.705), e ordem de produção (fl.707), não houve nenhuma industrialização por montagem específica para venda ao cliente que efetuou o pedido (fls. 673), mas simples revenda do produto já adquirido acabado, pronto para uso. O mesmo ocorreu em relação às demais saídas que “tiveram os estornos do imposto glosados”, como por exemplo, nos casos das saídas de estabilizadores e “scanners”. Os produtos foram simplesmente revendidos, não sofreram nenhum processo de industrialização por montagem, (fls. 674). Nessa situação a carga tributária é de 3,5% nas saídas, não havendo direito a nenhum outro crédito do ICMS, já que a importação deu-se com o benefício do diferimento do lançamento e pagamento imposto, postergado para o momento da saída.

A autuante informa que efetuou detalhado e criterioso levantamento dos estornos de débitos feitos pelo contribuinte, operação por operação, informando data, número da nota fiscal, UF de destino, CFOP, alíquota informada na NF, código do produto, descrição do produto, código da situação tributária (Sit. Trib.), valor do produto, ICMS calculado, bem como as informações referentes ao valor de ICMS a estornar (colunas estorno, e “observações – valor est.”). O Anexo I-A (fls. 40 a 245) corresponde ao levantamento das operações ocorridas no exercício de 2004 e o Anexo I-B (fls. 246 a 450) às operações ocorridas no exercício de 2005. Os valores dos anexos I-A e I-B são resumidos no Anexo I, que contém a comparação entre os valores escriturados pelo contribuinte no livro RAICMS e o apurado pela fiscalização e o estorno de débito indevido, (fls. 16 a 39). Afirma que as infrações estão claramente demonstradas nos anexos ao auto (fls. 10 a 450) e comprovadas por cópias da “apuração dos estornos do livro Registro de Apuração do ICMS” feito pelo contribuinte (fls. 483 a 506) e cópia do livro RAICMS, (fls. 507 a 609).

Quanto ao argumento defensivo de que teria deixado de considerar os créditos decorrentes das entradas dos produtos que, por ocasião de sua saída, tiveram o estorno de débito do imposto glosado, que seria necessário reconstituir a conta gráfica da impugnante para atender ao princípio constitucional da não-cumulatividade”, (fls. 677), a autuante diz que é inverídica a afirmação do defendente de que não teria utilizado o crédito correspondente às entradas dos produtos que foram revendidos cujo estorno de débito foi “glosado” pela autuante, como pode ser verificado facilmente na cópia dos livros RAICMS referentes aos exercícios de 2004 e 2005 (fls. 557 a 609). Portanto, entende que não há que se falar em reconstituição da conta gráfica, ou da escrita fiscal, ou de créditos a serem utilizados na defesa administrativa. O crédito pelas entradas de produtos adquiridos no mercado interno (Brasil) já foi utilizado pelo contribuinte em sua escrita fiscal, no livro RAICMS, “campo 06 – outros créditos” do quadro de “resumo da apuração do ICMS” e, os produtos importados foram beneficiados com diferimento do lançamento e pagamento do ICMS para o momento da saída – com carga tributária de 3,5%.

Quanto ao percentual de multa aplicada, utilização da TAXA SELIC e juros de mora, a autuante informa que foi aplicada a multa prevista na legislação específica, conforme foi consignado no auto de infração. Finaliza, reafirmando que não devem ser acatados os requerimentos da defesa; que não há precariedade de instrução do auto de infração, sendo observados e atendidos todos os requisitos legais na lavratura do auto de infração e entrega de uma via do auto e de todos os seus anexos ao contribuinte; que as infrações estão devidamente fundamentadas e demonstradas no PAF, bem como estão devidamente enquadradas na legislação, com informação dos dispositivos do enquadramento e da multa aplicada; que não há decadência parcial de crédito tributário. Pede a procedência do presente Auto de Infração.

Intimado da informação fiscal, o defendente se manifestou às fls. 728 a 737 dos autos, aduzindo que em relação à preliminar de nulidade da autuação em razão da precariedade de sua instrução,

diferentemente do quanto afirmado pela autuante, o Auto de Infração é carecedor dos requisitos previstos no art. 39, do Decreto nº 7.629, de 09 de julho de 1999 (RPAF/BA). Diz que não há como se defender que o referido auto contém descrição clara, precisa e sucinta da infração. Na narrativa da primeira infração o Auto de Infração apenas menciona que o autuado teria utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS por ter transferido incorretamente saldo credor do período anterior. Embora mencione que no referido “período anterior” (dez/03) tenha sido apurado débito do imposto e não crédito, não há qualquer informação sobre o procedimento ou mesmo o levantamento realizado para se apurar o suposto saldo devedor de ICMS. Não há menção sequer de qualquer anexo que poderia, em tese, demonstrar ainda que sinteticamente os cálculos que levaram à referida conclusão, tampouco informações sobre o levantamento fiscal que teria permitido ser efetuada tal glosa. Tanto isto é verdade que apenas agora, através da informação fiscal, que a autuante informa a origem da Fiscalização que teria apurado saldo devedor para o período de dezembro de 2003. Ou seja, o Auto de Infração não se fez acompanhar das informações essenciais como roga a legislação estadual. No que tange à segunda infração, repete que não há clareza em sua narrativa, inexistindo o apontamento dos casos em que houve o estorno de 100% do débito e os casos em que resultou em carga tributária de 3,5%. Diz que em relação aos fundamentos legais, a auditora fiscal não logrou êxito em afastar o argumento defensivo de que, não há sequer a sua fundamentação legal no auto de infração quanto aos acréscimos legais. Quanto à preliminar de nulidade da autuação por ausência de prova, o autuado alega que de fato não há qualquer comprovação documental da ocorrência das supostas infrações, embora a autuante tenha informado acerca do levantamento fiscal anteriormente realizado, o fato é que na autuação consta apenas uma tabela de duas linhas com a informação do valor do saldo credor desconsiderado, sem explicar, no entanto, como chegou à conclusão de que haveria saldo devedor de imposto no período de dezembro de 2003. Diz que o mesmo se dá em relação à segunda infração, já que não há demonstração nos autos da incorreção dos estornos do débito do imposto, não podendo ser considerado como elemento de prova as planilhas elaboradas unilateralmente pela Fiscalização, sem qualquer substrato fático. Assim, o defendente reafirma a sua alegação de que deve ser reconhecida a nulidade do Auto de Infração.

No mérito, repete a alegação de decadência parcial do crédito tributário, de acordo com previsto no art. 965, do RICMS/BA. Cita o art. 146, III, “b”, da Constituição Federal e art. 173 do CTN (cuja redação se assemelha àquela do art. 965 do RICMS/BA). Salaria que o Auto de Infração foi constituído apenas em 06/07/2009, mediante regular notificação do contribuinte, este somente poderia alcançar os débitos relativos aos períodos de apuração posteriores a 07/2004, considerando-se o prazo de 5 (cinco) anos do artigo 150, §4º do CTN, mas o lançamento fiscal inclui valores do período de janeiro a junho de 2004, os quais já extintos pela decadência, sendo absolutamente nulo o auto de infração, ou então, ao menos, excessivo, devendo ser afastadas do lançamento as verbas acobertadas pela decadência. Quanto à transferência do saldo credor, o defendente esclarece que, a despeito da apuração de saldo devedor para o período de dezembro de 2003 em outro processo administrativo (informação esta não constante do auto de infração), o fato é que as conclusões adotadas naquele caso jamais poderiam ser utilizadas de antemão na presente autuação, até porque estão sendo discutidas em autos apartados. No que tange aos estornos de débitos do imposto, melhor sorte não assiste aos argumentos da Fiscalização, uma vez que as operações realizadas pelo impugnante encontravam-se, de fato, acobertadas pelo estorno de 100% do débito de ICMS, previsto no artigo 2º, do Decreto nº 4.316/95. Ao contrário do quanto aduzido pela Fiscalização, o impugnante, após a compra de peças ou produtos, tanto no mercado interno, quanto no mercado externo, efetuava a sua montagem, configurando-o de modo a resultar em um produto exclusivo “Novadata”, com as características solicitadas pelo comprador. Desta forma, ao dar a saída do produto de seu estabelecimento, por considerar preenchidos os requisitos do artigo 2º, do Decreto nº 4.316/95, o impugnante efetuava o estorno de 100% (cem por cento) do débito de ICMS destacado na nota fiscal de saída. O defendente assegura que demonstrou de forma cabal, através dos documentos acostados na defesa administrativa, que efetuava verdadeiro procedimento de montagem, que pode ser caracterizado como produção

própria, e não mera revenda, a fazer jus, portanto, ao benefício concedido no referido decreto, e a fiscalização apenas afirma que as vendas efetuadas não se referiam a saída de produção própria, sem fazer qualquer comprovação do quanto alegado. Diz que a incorporação de novos componentes ao produto final do impugnante, ou mesmo, a simples configuração do produto adquirido nos moldes específicos exigidos pelo comprador, é considerada como produção, inclusive a teor do disposto no art. 46, do CTN e artigo 4º do Decreto 4.544/02. Se a nova configuração dada ao produto anteriormente adquirido pode ser considerada como produção própria, resulta preenchida a hipótese requerida pelo art. 2º, do Decreto nº 4.316/95 para estorno do débito de ICMS. Entende que, estando comprovada a regularidade dos estornos realizados pelo impugnante, é improcedente o presente Auto de Infração, com o afastamento da cobrança do imposto lastreado em conduta que não representou infração à legislação, o que pede seja feito. Repete as alegações anteriores quanto à Taxa Selic, reiterando todos os argumentos lançados na impugnação administrativa, assim como refuta aqueles deduzidos pela autuante.

À fl. 741 o autuante reitera os termos da informação fiscal de fls. 712/724

À fl. 744 esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o presente processo em diligência à ASTEC/CONSEF solicitando que o preposto da ASTEC verificasse e descrevesse o processo produtivo do autuado, informando se as mercadorias objeto da autuação podem ser consideradas resultante de processo de industrialização pelo defendente, e que fosse excluído do levantamento fiscal os itens enquadrados nas condições previstas no art. 2º do Decreto 4.316/95, ou seja, quando neles forem aplicados os componentes partes e peças recebidos para fabricação de produtos de informática, elétricos, de eletrônica, de eletro-eletrônica e de telecomunicações.

Quanto à primeira infração, foi solicitado que o diligente verificasse se foi apurado saldo devedor do ICMS na conta corrente fiscal, em decorrência da ação fiscal que resultou na lavratura do Auto de Infração de número 206969.0005/06-5, tendo em vista a informação da autuante de que foi apurado saldo devedor do ICMS referente ao mês de dezembro de 2003, em fiscalização anterior, já julgada procedente, com informação consignada no mencionado Auto de Infração, lavrado em 20/09/2006. Que apurasse, também, qual a repercussão do saldo apurado no mês 12/2003 na utilização do crédito considerado indevido no mês 01/2004.

De acordo com o PARECER ASTEC Nº 038/2012 (fls. 745/746 do PAF), o preposto da ASTEC informou que no dia 19/04/2012 compareceu ao estabelecimento autuado, e de acordo com as informações prestadas pelo gerente de produções, Sr. Salomão Chaves de Almeida, as atividades industriais da empresa encontram-se paralisadas. Também informa que após análise dos demonstrativos que serviram de base para as infrações, fls. 10/450, constatou que o procedimento adotado pela autuante foi o de refazer a conta corrente fiscal (fls. 10/15), excluindo os estornos de débitos considerados indevidos, relativos aos itens impressoras, estabilizadores, swith e snaners, de acordo com o apurado nos demonstrativos sintéticos às fls. 40/450 e ainda saldos credores escriturados no livro RAICMS. Diz que no mês de janeiro de 2004 foi apurado um saldo devedor de R\$130.833,53, fl. 10, sendo que R\$60.631,77 foi exigido na infração 01, porque se refere ao saldo credor escriturado no livro RAICMS, oriundo do mês de dezembro de 2003 e a autuante entendeu ser indevido em razão da ação fiscal anterior, julgada procedente, conforme Auto de Infração 20609.0005/06-5. Esclarece que analisando o referido Auto de Infração, cujas cópias encontram-se às fls. 477/481, constatou que na infração 02 foi exigido no mês de dezembro de 2003 o valor de R\$104.644,94, proveniente de saldo devedor apurado e não recolhido, após reconstituição da conta corrente fiscal do ICMS. Concluindo, o preposto da ASTEC informou que não foi possível verificar e descrever o processo produtivo do autuado, tendo em vista que em visita “*in loco*”, constatou que a empresa encontra-se com suas atividades paralisadas. Em relação ao Auto de Infração de nº 20609.0005/06-9, foi exigido em dezembro de 2003 o imposto no valor de R\$104.644,94, após reconstituição da conta corrente fiscal, razão pela qual a fiscalização considerou indevido o saldo credor escriturado no livro RAICMS, no valor de R\$60.631,77, exigido na infração 01.

Foi expedida intimação ao autuado (fl. 748), acompanhada de cópia do PARECER ASTEC Nº 38/2012, e a autuante também tomou conhecimento (fl. 747), e não se pronunciou quanto ao mencionado parecer.

O defendente se manifestou às fls. 751/752, aduzindo que o prazo concedido de dez dias não foi suficiente para que a empresa possa buscar todas as informações necessárias, haja vista que depende de análise da documentação por parte da área tributária da empresa, que conta apenas com um funcionário. Esclarece que a empresa encontra-se em fase de Recuperação Judicial, que tramita na Comarca de Ilhéus – Bahia, sob o nº 1282670-2/2006, e desde então vem passando por um processo de reformulação, com enxugamento de seu quadro de pessoal e estrutura organizacional, o que dificulta a busca de arquivos. Salienta que a empresa contava com mais de 300 funcionários e, hoje, incluindo-se a unidade fabril de Ilhéus-Bahia, conta com apenas 33 colaboradores. Afirma que a empresa não possui meios de localizar os documentos dentro do prazo estipulado, porque não possui de estrutura organizacional, bem como não possui a mesma quantidade de funcionários, o que dificulta atender a demanda solicitada. Entende que somente com a dilação do prazo, a empresa poderá atender as solicitações do PARECER ASTEC 38/2012.

VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa, ficam rejeitadas, pelos seguintes motivos:

O primeiro argumento do autuado é de que não há qualquer informação sobre o procedimento ou mesmo o levantamento realizado para se apurar o suposto saldo devedor de ICMS na infração 01. Diz que não há menção sequer de qualquer anexo que poderia, em tese, demonstrar ainda que sinteticamente os cálculos que levaram à conclusão da autuante, tampouco informações sobre o levantamento fiscal que teria permitido ser efetuada a glosa do crédito fiscal.

Observo que embora não haja qualquer referência ao anexo que comprova a apuração do imposto lançado, foi elaborado pela autuante o demonstrativo às fls. 10 a 12 dos autos, com base no livro Registro de Apuração do ICMS, encontrando-se lançado no mencionado livro (fl. 511 do PAF), o crédito fiscal glosado, e o preposto do autuado recebeu cópia do referido demonstrativo, conforme assinatura no próprio demonstrativo.

No segundo argumento de nulidade do lançamento, o defendente alegou que foram utilizados fundamentos legais demasiadamente genéricos para se apontar a supostas infrações cometidas pelo autuado.

Não acato a alegação defensiva, tendo em vista que o texto e dispositivos regulamentares constantes no Auto de Infração indicam que a autuação fiscal trata de ICMS, sendo indicados os dispositivos do RICMS/BA correspondentes a cada item da autuação. Ademais, não implica nulidade da autuação caso exista erro de indicação de dispositivo regulamentar, tendo em vista que, pela descrição dos fatos ficou evidente o enquadramento legal, de acordo com o art. 19 do RPAF/99.

Na terceira preliminar o defendente alega que o Auto de Infração é carecedor dos elementos de clareza e precisão exigidos pela legislação de regência do processo administrativo, de modo que é possível se considerar que a ausência dessas informações implica na nulidade do trabalho fiscal, porque impede o impugnante de exercer corretamente o seu direito de ampla defesa. O defendente afirma que os fatos narrados não correspondem à realidade, inexistindo qualquer comprovação documental da ocorrência das supostas infrações. Diz que o Auto de Infração não está instruído com qualquer documento válido, apto a ensejar veracidade às alegações fiscais.

Entendo que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, foram elaborados demonstrativo e não foi constatada violação ao devido processo legal e ao princípio do contraditório, sendo o imposto e sua base de cálculo

apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos. Por isso, não acato a alegação defensiva.

Constato que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

Analisando a preliminar de decadência suscitada pelo defendente, considerando que o presente Auto de Infração foi lavrado para exigir imposto referente fatos ocorridos no exercício de 2004, sendo alegado pelo defendente que o fisco não exerceu de forma tempestiva o seu direito de constituir o crédito, fundamentando a sua alegação no art. 150, § 4º e 173 do CTN.

Observo que a legislação estabelece que o direito de a fazenda pública constituir o crédito tributário extingue-se no prazo de cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, conforme art. 965 do RICMS/97, que está de acordo com o art. 173, I do CTN. Neste caso, a legislação do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento, e não é acatada a alegação com base no art. 150, § 4º do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixa prazo à homologação:

Art. 150 O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

...

§ 4º Se a lei não fixar prazo à 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.

Vale salientar, que o Código Tributário do Estado da Bahia, instituído pela Lei nº 3.956, de 11 de dezembro de 1981, estabelece nos arts. 28, § 1º e 107-B, § 5º:

Art. 28. Compete ao contribuinte efetuar o lançamento do imposto em seus livros e documentos fiscais, na forma regulamentar, sujeito a posterior homologação da autoridade administrativa.

§ 1º Após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da efetivação do lançamento pelo contribuinte, considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento.

Art. 107-B. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 5º Considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

No caso em exame, os fatos geradores do imposto relativos ao exercício de 2004 têm o prazo para constituição do crédito tributário até 31/12/2009. Como o presente Auto de Infração foi lavrado em 30/06/2009, nesta data, ainda não havia se configurado a decadência do prazo para o lançamento

do tributo. Assim, constato que na data da ação fiscal não houve decurso do prazo fixado pela legislação, ficando rejeitada a preliminar de decadência suscitada nas razões de defesa.

No mérito, a infração 01 trata de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a transferência incorreta de saldo credor do período anterior. Em janeiro de 2004, o autuado transferiu incorretamente saldo credor do período anterior (dezembro de 2003), quando foi apurado ICMS a recolher, e não saldo credor.

A autuante esclareceu e está comprovado que foi apurado saldo devedor do ICMS relativo ao mês de dezembro de 2003, em fiscalização anterior, já julgada procedente, com informação consignada referente ao Auto de Infração nº 206969.0005/06-5 lavrado em 20/09/2006, sendo fixada uma cópia do mesmo no livro RUDFTO do contribuinte, conforme cópias às folhas 477/481 do PAF. Logo, não existe saldo credor do período anterior. Em janeiro de 2004, como o autuado escriturou e utilizou o valor de R\$60.631,77 como saldo credor do período anterior, este crédito é indevido.

Na diligência fiscal realizada por preposto da ASTEC, foi informado no PARECER ASTEC Nº 038/2012 (fls. 745/746 do PAF) que o saldo credor foi considerado indevido em razão da ação fiscal anterior, sendo lavrado o Auto de Infração nº 20609.0005/06-5. Esclarece que analisando o referido Auto de Infração, cujas cópias encontram-se às fls. 477/481, constatou que na infração 02 foi exigido no mês de dezembro de 2003 o valor de R\$104.644,94, proveniente de saldo devedor apurado e não recolhido, após reconstituição da conta corrente fiscal do ICMS.

Considerando que foi apurado saldo devedor na conta corrente fiscal, conforme indicado na infração 02 do Auto de Infração anteriormente lavrado (fl. 478 do PAF), conclui-se que é procedente a exigência fiscal referente à transferência incorreta de saldo credor do período anterior, lançado no mês de janeiro de 2004, haja vista que no mês anterior (dezembro de 2003), foi apurado ICMS a recolher e não saldo credor. Mantida a exigência fiscal.

Infração 02: Utilização de estorno de débito a maior que o de direito decorrente de comercialização de produtos adquiridos no mercado interno com uso do crédito e/ou importados com diferimento do ICMS, utilizando indevidamente estorno de débito de 100% do ICMS destacado nas saídas de mercadorias nacionais, no período de janeiro a dezembro de 2004 e de fevereiro a dezembro de 2005.

Este item também foi objeto de pedido de diligência fiscal realizada por preposto da ASTEC, sendo informado no PARECER ASTEC Nº 038/2012 (fls. 745/746 do PAF), que em visita “*in loco*”, constatou que a empresa encontra-se com suas atividades paralisadas.

Na manifestação apresentada após a diligência fiscal o defendente informou que a empresa encontra-se em fase de Recuperação Judicial, que tramita na Comarca de Ilhéus – Bahia, sob o nº 1282670-2/2006, e desde então vem passando por um processo de reformulação, com enxugamento de seu quadro de pessoal e estrutura organizacional, o que dificulta a busca de arquivos. Salienta que a empresa contava com mais de 300 funcionários e, hoje, incluindo-se a unidade fabril de Ilhéus-Bahia, conta com apenas 33 colaboradores. Afirma que a empresa não possui meios de localizar os documentos dentro do prazo estipulado, porque não possui de estrutura organizacional, bem como não possui a mesma quantidade de funcionários, o que dificulta atender a demanda solicitada. Entende que somente com a dilação do prazo, a empresa poderá atender as solicitações do PARECER ASTEC 38/2012.

Observo que não há como atender ao pedido formulado pelo defendente, haja vista que a diligência fiscal não foi deliberada no sentido de que o autuado apresentasse documentos, e sim, para que o preposto da ASTEC pudesse verificar *in loco* as atividades do autuado e pudesse concluir, em relação aos produtos objeto da autuação, se foram aplicados componentes partes e peças recebidos para fabricação de produtos de informática, elétricos, de eletrônica, de eletro-eletrônica e de telecomunicações, de forma a se considerar que houve industrialização. Como o autuado encontra-se com suas atividades paralisadas, não há como fazer essa verificação.

Saliento que apesar de o autuado ter requerido a realização de diligência, para verificar as suas alegações quanto ao funcionamento da unidade fabril, não foi possível fazer essa verificação porque a empresa encontra-se paralisada, e o defendente não trouxe ao presente processo comprovação suficiente, relativamente à industrialização alegada. O andamento do processo administrativo não está atrelado à Recuperação Judicial, citada pelo defendente, e não é razoável que o órgão julgador fique aguardando o contribuinte comprovar o que alegou a qualquer tempo.

Na descrição dos fatos foi informado que o autuado utilizou estorno de débito decorrente de mercadorias que não compõem os produtos que fabrica, estas mercadorias foram adquiridas no mercado interno com uso de crédito ou importados com diferimento do ICMS, tendo sido utilizado indevidamente o estorno de débito do ICMS destacado nas notas fiscais de saída. Nos demonstrativos elaborados pela autuante constam mercadorias como impressora, microcomputador, notebook, disco rígido, estabilizador de tensão e outros.

Nas alegações defensivas o autuado alega que as mercadorias se submeteram a processo de montagem e configuração para que pudessem atender ao pedido do cliente comprador. Diz que a cada pedido, o impugnante emite a correspondente “ordem de produção”, a qual traz discriminadamente todas as “intervenções” que a peça adquirida deve sofrer para resultar em um produto exclusivo. No caso das impressoras descritas nas notas fiscais de saída 46367; 46387 e 46404, constantes do Anexo I-A do auto de infração, o defendente junta aos autos a respectiva “ordem de produção – nº 3868”, (fl. 703) para comprovar que o equipamento adquirido recebe etiqueta específica de patrimônio do comprador, cabo UTP e transformador. Portanto, o impugnante afirma que agrega à mercadoria adquirida uma série de outros componentes, configurando-a de forma a torná-la um novo produto, uma nova mercadoria. Entretanto, não houve como fazer a necessária confirmação do alegado, devido à paralisação das atividades do estabelecimento autuado.

O autuado goza dos benefícios previstos pelo Decreto nº 4.316/95, por estar instalado no Pólo de Informática de Ilhéus e se tratar de empresa industrial. Para fruição dos benefícios o contribuinte deve cumprir as disposições do mencionado Decreto nº 4.316/95, bem como as regras constantes do Regulamento do ICMS – RICMS/BA, o que no presente processo não restou comprovado.

Quanto ao argumento do defendente de que não teria utilizado o crédito correspondente às entradas dos produtos que foram revendidos cujo estorno de débito foi “glosado”, autuante esclareceu que de acordo com a cópia dos livros RAICMS referentes aos exercícios de 2004 e 2005 (fls. 557 a 609 do PAF), o crédito pelas entradas de produtos adquiridos no mercado interno já foi utilizado pelo contribuinte em sua escrita fiscal, no livro RAICMS, “campo 06 – outros créditos” do quadro de “resumo da apuração do ICMS” e, os produtos importados foram beneficiados com diferimento do lançamento e pagamento do ICMS para o momento da saída – com carga tributária de 3,5%.

Considerando os demonstrativos elaborados pela autuante, concluo que o autuado efetuou o estorno de débito do ICMS a mais que o de direito, decorrente da utilização do estorno de 100% do débito do ICMS destacado nas saídas por revenda de produtos adquiridos de terceiros, ou seja, o autuado apurou o estorno de débito de forma irregular, resultando no estorno de 100% do ICMS destacado nos documentos fiscais, contudo, sem qualquer comprovação hábil. Infração subsistente.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206969.0006/09-6, lavrado contra **NOVADATA SISTEMAS E COMPUTADORES S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o

pagamento do imposto no valor total de **R\$1.676.747,48**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de julho de 2012

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA