

A. I. Nº - 300199.0003/12-9
AUTUADO - CASA DO CARTUCHO LTDA.
AUTUANTE - EDISON LEMOS
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 21/03/2013

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0058-03/13

EMENTA: ICMS. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA DA CARGA TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS. OPERAÇÕES INTERNAS COM PRODUTOS DE INFORMÁTICA. A redução da base de cálculo nas operações internas com os aparelhos e equipamentos de processamento de dados de uso em informática e os suprimentos beneficiados com redução da base de cálculo do ICMS, a que se refere o art. 87, somente se aplica aos produtos cuja NCM estejam expressamente listados no Anexo 5-A do RICMS/97. Fato caracterizado. Indeferido pedido de diligência. Não acatada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente auto de infração lavrado em 26/09/2012, traz a exigência do crédito tributário no valor histórico de R\$41.291,50, acrescido da multa de 60 %, tendo em vista o recolhimento a menos do ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo.

Consta que “O contribuinte utilizou indevidamente a redução da Base de Cálculo, com base no inciso V, do art. 87, RICMS/BA, aprovado pelo 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, 01 A e 01 B, que seguem em anexo juntamente com os arquivos magnéticos de todas as operações.”

O sujeito passivo ingressa com impugnação às fls. 229 a 237.

Inicialmente observa a tempestividade da defesa apresentada, transcreve o teor das infrações e as multas indicadas na autuação, em seguida alinha as seguintes argumentações.

Inicialmente destaca a tempestividade da defesa, e em seguida, transcreve a acusação fiscal, o enquadramento legal e a multa indicada no Auto de Infração.

Discorre acerca do instituto da nulidade e a sua importância diante da formalidade requerida para a validade do ato administrativo por sua estrita vinculação à lei.

Ressalta que o Auto de Infração tem natureza jurídica mista de sanção e de lançamento do próprio tributo. Acrescenta que, por ser o Lançamento um ato administrativo está sob o controle da Administração, tanto no que se refere à legalidade, quanto ao mérito.

Observa que como ato administrativo, o lançamento tributário efetuado mediante Auto de Infração deve ser praticado de acordo com as formas prescritas na lei. Prossegue frisando que dentre as exigências formais mais comuns, estão as da lavratura dos termos próprios para delimitar a ação fiscalizatória, a fundamentação legal do lançamento, a descrição correta da infração, a observância dos prazos da ação fiscal, o uso do material adequado para corporificar o lançamento.

Diz que se considera vício formal toda inobservância aos requisitos e formas prescritas em lei para a elaboração do ato administrativo do lançamento. Assevera que a lavratura do Auto de Infração sem a descrição cuidadosa do fato infringente, ocasionando erros ou omissões, tem o condão de levar a nulidade da referida peça acusatória. Enfatiza que a descrição do fato do Auto de Infração deve ser em linguagem jurídica adequada a estabelecer uma relação jurídico-tributária, visto que no instante em que a linguagem jurídica utilizada não descreve o fato infringente com clareza, o lançamento deve ser cancelado sem a apreciação do mérito. Arremata revelando que a descrição do suposto fato infringente deve ser completa, tanto para a compreensão do autuado como para o entendimento do órgão julgador, porquanto se trata de elemento indispensável para aplicação da norma. Por isso, ressalta que o auditor deve ter muito cuidado na hora de descrever o fato infringido, devendo o mesmo ser claro, objetivo e preciso, uma vez que a descrição incorreta ou incompleta do fato infringente caracteriza o vício formal, ensejando a nulidade processual.

Destaca que o Auto de Infração encontra-se viciado de nulidade, uma vez que os supostos artigos infringidos, alegados pelo autuante, foram revogados, de acordo com o que consta no art. 494 do novo RICMS-BA/2012. Ademais, o Decreto nº 13.780/12 revogou todos os dispositivos constantes no Decreto nº 6.284/97.

Ressalta a sujeição do ato administrativo à nulidade quando eivado de vício, reproduzindo ensinamento do tributarista Celso Ribeiro de Bastos para requerer a nulidade do Auto de Infração.

Ao tratar do mérito observa que o art. 266, inciso XVIII do Dec. nº 13.780/2012, consignou a redução da base de cálculo do ICMS de determinados equipamentos previstos no ANEXO 5-A, para que se tenha uma carga tributária máxima de 7%.

Frisa que no supramencionado anexo, existe a previsão (NCM 8473.30 e 8473.40) de redução de base de cálculo de partes e acessórios das máquinas descritas nas NCM 8471 e 8472, comportando diante da “vaga” descrição, uma interpretação extensiva dentro de cada item. Isto é, ao falar em partes e acessórios, o leque de opções que se encaixariam nessa definição é extremamente vasto. Acrescenta que diante dessa amplitude, facilmente poderiam ocorrer equívocos acerca dos objetos que compõem ou não o Anexo 5-A, seja pelas peculiaridades dos aparelhos, bem como pelo restrito conhecimento acerca das especificidades dos mesmos.

Enfatiza que não se deve olvidar que, o próprio CTN - Código Tributário Nacional disciplina em seu Capítulo IV acerca da interpretação e integração da legislação tributária estabelecendo no art. 111 as matérias que exigem uma interpretação literal, englobando apenas a suspensão ou exclusão do crédito tributário, outorga de isenção e dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias. Prossegue esclarecendo que em contrapartida, o próprio CTN em seu art. 108 do prescreve que “na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, a analogia, os princípios gerais de direito tributário, os princípios gerais de direito público e a equidade”. Arremata sustentando a inexistência de óbice algum para interpretação extensiva do Anexo 5-A, em conformidade com a analogia.

Exemplifica que um receptor de sinal *wi-fi* está ligado a internet e, por conseguinte trata-se de um produto de informática. Diz que do mesmo modo, um cabo USB até onde se tenha conhecimento, é utilizado como equipamento de informática, não restando outra utilidade para o mesmo. Afirma que estes dois produtos não se encontram no Anexo 5-A do RICMS e faz a indagação se estes produtos não são de informática e que, por isso, poder-se-ia desconsiderar que o equipamento não seria de informática.

Frisa ser indubitável o cabimento da redução da base de cálculo dos produtos ora autuados imposta sobre os aparelhos e equipamentos de processamento de dados de uso em informática e suprimentos, uma vez que o implemento realizado pelo Anexo 5-A acrescentado pela Alteração

nº 87 (Dec. nº 10.316, de 11/04/07, DOE de 12/04/07), abriu margem no que concerne a interpretação dos itens descritos no anexo em comento.

Menciona ainda, ser inconteste que, a legislação por mais atualizada que seja jamais irá alcançar a velocidade das inovações tecnológicas. Assim sendo, o mencionado anexo teria que ser atualizado a cada fração de segundos, o que afirma ser impossível.

Sustenta que não merece em sentido algum prosperar a referida infração, sob o argumento que determinadas mercadorias não estariam contempladas pelo Anexo 5-A.

Destaca ainda como ponto importante que deve ser considerado pelos julgadores, caso mantenham a cobrança das infrações comprovadamente inexistentes é que o erário estadual estaria praticando o enriquecimento ilícito. Para enfatizar o repúdio ao enriquecimento ilícito pelo direito pátrio reproduz fragmentos do pensamento dos juristas De Plácido e Silva, Agostinho Alvim e Silvio Rodrigues.

Afirma que, se o lançamento realizado na presente autuação for mantido em desobediência ao princípio da proporcionalidade, razoabilidade e legalidade, resultará cobrança de imposto sem base legal, por inexistência de fato gerador, permitindo assim o enriquecimento, para o Fisco baiano, sem causa que o justifique, o que não pode ser aceito.

Assevera que os dispositivos do RICMS/BA citados pelo autuante, na infração ora debatida, não foram violados em momento algum, restando assim comprovada a improcedência total deste Auto de Infração, haja vista que, conforme demonstrado, em momento algum utilizou crédito fiscal de forma indevida ou mesmo recolheu ICMS por erro na apuração dos valores do imposto.

Menciona que o bom senso recomenda o julgamento deste Auto de Infração pela improcedência, o que se faz observando os princípios da verdade material e da moralidade administrativa, pois, caso este Conselho insista na cobrança indevida, estará punindo um contribuinte que sempre agiu dentro da legalidade observando todas as regras impostas pelo RICMS.

Reivindica todos os meios de provas admitidos em direito, especialmente prova pericial técnica, requerendo, de logo, a juntada posterior de documentos que se fizerem necessários para a elucidação da lide e com base no RPAF-BA/99 insiste na realização de revisão fiscal efetuada pela Assessoria Técnica do CONSEF, sob pena de cerceamento ao direito de defesa nos termos do art. 5º da Constituição Federal, esperando por fim, que sejam comprovadas todas as razões apresentadas.

Conclui requerendo a improcedência do Auto de Infração.

A autuante em informação fiscal, fls. 248 a 255, depois de sintetizar as alegações apresentadas pela defesa articula os argumentos a seguir enunciados.

Esclarece, ao cuidar da preliminar de nulidade suscitada pela defesa, que o RICMS-BA/97, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, teve a sua vigência aplicada aos fatos geradores ocorridos até 31/03/2012. Informa que o Auto de Infração, ora impugnado, foi lavrado em 26/09/2012, com ciência do contribuinte em 02/10/2012 e refere-se aos fatos geradores ocorridos no período de 01/01/2008 a 31/12/2009, estando, portanto, dentro do prazo de vigência do RICMS-BA/97, aprovado pelo Dec. nº 6.287/97.

Observa ainda que, mesmo se tivesse ocorrido algum tipo de equívoco no enquadramento dos artigos infringidos, o que não ocorreu, ainda assim seria descabida a arguição da impugnante, uma vez que o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF-BA/99, ao tratar do tema NULIDADE, estabelece em seu art. 19, que a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal. Prossegue destacando que, por isso, resta claro que a descrição dos fatos constantes na infração 01, não deixa nenhuma dúvida alguma quanto ao enquadramento legal da respectiva infração, tanto é

verdade que o impugnante não encontrou qualquer dificuldade ao impugnar a infração tendo, inclusive, citado o artigo do novo regulamento, apontado como infringido no Auto de Infração.

Arremata observando que, diante das explicações oferecidas acima, queda-se evidente que a arguição de nulidade da infração 01, não tem cabimento algum, em face da total falta de amparo legal, motivo pelo qual pleiteia a rejeição da preliminar de nulidade.

Em relação ao mérito, depois de sintetizar os argumentos alinhados na defesa apresenta os seguintes argumentos.

Afirma que as alegações do impugnante, relacionadas a interpretação do alcance do Anexo 5-A e, especialmente, no tocante ao tratamento dado aos itens “Receptor de sinal wi-fi” e “Cabo USB”, não merecem prosperar, visto que foram alicerçadas em interpretações, totalmente ultrapassadas e desconexas da legislação vigente à época das operações mercantis objeto da autuação fiscal. Afirma que as operações internas envolvendo aparelhos e equipamentos de processamento de dados, seus periféricos e suprimentos de uso em informática para armazenamento de dados e impressão são tratadas no inciso V, do artigo 87, do RICMS/BA, aprovado pelo Dec. nº 6.284/97 que reproduz.

Assevera restar claro que o benefício da redução da base de cálculo se destina, somente, 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. Destaca que o benefício fiscal de que trata o aludido dispositivo regulamentar acima, não foi concedido indistintamente e que somente são beneficiados com a redução de base de cálculo, nas operações internas, os itens que fazem parte do Anexo 5-A, ou seja, existe uma restrição quanto aos itens alcançados por esse benefício, nesse caso os itens constantes no referido anexo. Prossegue frisando que, ao contrário do que quer fazer crer o impugnante, fica evidente a intenção do legislador de fixar os limites de alcance do dito benefício fiscal, justamente, a fim de evitar erros e equívocos de interpretação por parte dos contribuintes. Acrescenta que a forma escolhida para tal delimitação foi a criação de uma relação contendo, objetivamente, a indicação de produtos ou classe de produtos que seriam beneficiados com a redução da base de cálculo e como o segmento de processamento de dados, automação e informática é muito amplo e dinâmico no que se refere a criação e desenvolvimento de novos produtos, optou-se pela utilização do “Código NCM”, desta forma sempre que novos produtos forem desenvolvidos e classificados com o código NCM que faz parte do Anexo 5-A, automaticamente ele será beneficiado com a redução da base de cálculo, desde que observadas as demais condições constante no inciso V do artigo 87, do RICMS-BA/97.

Explica que Anexo 5-A é basicamente composto de duas colunas com as seguintes informações: “Código NCM - Nomenclatura Comum Mercosul” e a “descrição” dos produtos que integram essa classificação fiscal. Esclarece que a Nomenclatura Comum do Mercosul - NCM é uma convenção de categorização de mercadorias adotadas pelos países integrantes do Mercosul e que toma como base o Sistema Harmonizado de nomenclatura (método internacional de classificação de mercadorias), a fim de melhorar e facilitar o crescimento do comércio internacional. Observa que os códigos são compostos por oito dígitos e separados em tabelas, que são criadas com base em uma série de regras previamente estabelecidas para classificação da natureza das mercadorias e produtos. Arremata assinalando que toda mercadoria ou produto comercializado deve conter um código NCM, que é destacado na Nota Fiscal que acompanha as mercadorias.

Destaca que, como o impugnante exerce a atividade de comércio, ou seja, compra e venda de produtos acabados e, considerando que as mercadorias são acompanhadas de documentação fiscal, nelas constando discriminadas o código NCM de cada mercadoria e, considerando ainda, que no Anexo 5-A consta a indicação de todos os códigos NCM que estão beneficiados com a redução da base de cálculo. Por isso, afirma que não há que se falar em nenhum tipo de interpretação necessária para identificar quais mercadorias está passível da aplicação do benefício fiscal em questão. Assinala que para tanto, basta que o contribuinte faça o cotejamento

da classificação fiscal de cada mercadoria, constantes nas notas fiscais de aquisição das mesmas, com o dito Anexo 5-A, se houver a coincidência do código NCM a mercadoria terá a base de cálculo reduzida, caso contrário, não se aplicará a redução da base de cálculo. Afirma que pela simplicidade a identificação não requer prática nem tampouco habilidade.

Informa que a verificação teve como base o dispositivo legal e a relação de produtos constante no Anexo 5-A. Explica que inicialmente foi feito um levantamento de todos os produtos com as saídas beneficiadas pela redução da base de cálculo e, posteriormente, para se identificar a NCM de cada produto, analisou as notas fiscais de aquisição dos mesmos, em seguida cotejada a NCM desses produtos com a relação constante no Anexo 5-A e, para aqueles itens que não constavam no referido anexo, foi efetuada a cobrança do imposto.

Com relação aos produtos questionados pela impugnante, informa o seguinte: receptor de sinal *wi-fi* - diz acreditar que o impugnante deve ter cometido algum equívoco, pois não consta nos demonstrativos de débito da infração, anexos 01 A e 01 B, fls. 29 a 63, ou seja, esse produto não foi autuado e não serve como exemplo para dar suporte às alegações do contribuinte, tampouco elidir a ação fiscal; cabo USB – esclarece que os cabos de dados USB, permitem descarregar ou armazenar informação no seu aparelho ou carregar dados através de qualquer saída USB, como exemplo, periféricos de computador; tocadores de música: *ipod*, *MP3*; aparelhos de celular, etc.

Ressalta que de acordo com as notas fiscais de aquisição dos produtos segue a classificação fiscal código NCM 8544.42.00, NCM 8544.41.00 e NCM 8443.99.25, fls. 88, 90, 92, 95, 99, 102, 107, 109, 113, 114, 123, 124, 125, 140, 141, 158, 163, 174, 183, 184, 185, 189 e 197, dos autos. Assevera que verificou no Anexo 5-A e não consta essa classificação fiscal no rol de produtos contemplados pela redução da base de cálculo.

Destaca que o próprio impugnante reconhece que a classificação fiscal NCM para o Cabo USB, não foi contemplada no Anexo 5-A, logo não existe nenhum motivo para se alongar mais sobre o tema.

Frisa restar evidenciado, pelos esclarecimentos que prestou e pelos documentos fiscais constantes no processo, não merecer reparo algum o procedimento adotado para apuração do débito fiscal, constante nos Anexos 1A e 1B do Auto de Infração.

Conclui requerendo a procedência do Auto de Infração.

VOTO

O presente lançamento de ofício cuida do recolhimento a menos de ICMS pela utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo em operações de saídas internas com mercadorias que não constam no Anexo 5-A do RICMS-BA/97, cujos fatos geradores ocorreram entre fevereiro de 2008 a dezembro de 2009, e traz como enquadramento legal o art. 11, combinado com o art. 87, inciso V e art. 124 do RICMS-BA/97 instituído pelo Dec. nº 6.284/97.

Antes de adentrar ao mérito da lide, devo inicialmente apreciar a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado.

O impugnante alicerça a nulidade suscitada aduzindo que os artigos apontados como infringidos na acusação fiscal foram revogados pelo art. 494 do novo RICMS-BA/12, instituído pelo Dec. nº 13.780/12. Esta é a tese do impugnante para inquinar de nulidade o Auto de Infração.

É indubitoso que o art. 494 do RICMS-BA/12, efetivamente, revoga seu antecessor. No entanto, convém salientar que a exigência consubstanciada na acusação fiscal, cujo Auto de Infração embora lavrado em 26/09/12, reporta-se a fatos geradores ocorridos entre fevereiro de 2008 até dezembro de 2009, portanto, em plena vigência do RICMS-BA/97 instituído pelo Dec. nº 6.284/97. Logo, consoante determinação expressa no art. 144 do Código Tributário Nacional - CTN, o Lançamento, deve reportar-se à data de ocorrência do fato gerador e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.

Logo, por tudo quanto exposto, não acato a preliminar de nulidade, eis que, escorado em argumento desprovido de qualquer suporte fático, uma vez que o RICMS-BA/97 encontrava-se em pleno vigor, no período em que ocorreram os fatos geradores objeto do Auto de Infração.

Quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de perícia e revisão fiscal, fica indeferido o pedido com base no art. 147, incisos I e II, do RPAF-BA/99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para as minhas conclusões acerca da lide. Ademais, o defendente não comprovou a necessidade de realização de diligência bem como foi apresentada qualquer prova que suscitasse dúvida quanto à correção dos demonstrativos de apuração e de débito elaborados pelo autuante, e por isso, indefiro o pedido.

Ultrapassadas as questões preliminar e prejudicial, passo a tratar do mérito.

O autuado em sede de defesa alegou que, por se tratar de produtos partes e peças de informática descritas nas NCM 8471 e 8472, comporta, diante da “vaga” descrição, uma interpretação extensiva dentro de cada item no Anexo 5-A do RICMS-BA/97. Isto é, ao falar em partes e acessórios, o leque de opções que se encaixariam nessa definição é extremamente vasto, recorrendo ao CTN para justificar a adoção de analogia para enquadramento das mercadorias relacionadas na infração às elencadas no Anexo 5-A do RICMS-BA.

Entendo ser descabida a pretensão do autuado tendo em vista que as mercadorias elencadas no Anexo 5-A do RICMS-BA/97 não são meramente exemplificativas, eis que o benefício da redução da base de cálculo somente alcança especificamente as mercadorias definidas e identificadas através do respectivo NCM, como se depreende claramente do dispositivo transcrito a seguir.

“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, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7%.”

Ademais, por se tratar de benefício fiscal com natureza tributária semelhante à isenção não é possível a aplicação de interpretação extensiva, e sim a literal como preconiza o inciso II do art. 108 do Código Tributário Nacional - CTN, além de descaracterizar a política tributária alvo.

Portanto, ao constatar que as mercadorias elencadas nos demonstrativos de apuração e débito elaborados pela autuante, fls. 29 a 63, não se enquadram nas NCMs previstas no Anexo 5-A do RICMS-BA resta caracterizada a acusação fiscal.

Concluo que a infração subsiste integralmente.

Ante o 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 **300199.0003/12-9**, lavrado contra **CASA DO CARTUCHO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$41.291,50**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de março de 2013.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

HELCONIO DE SOUZA ALMEIDA - JULGADOR