

A. I. Nº - 206969.0002/11-2
AUTUADO - DATEN TECNOLOGIA LTDA.
AUTUANTE - IRLENE ERCI LINO
ORIGEM - INFAZ ILHÉUS
INTERNET - 25. 06. 2013

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0107-01/13

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. ERRO NA APURAÇÃO DOS VALORES. ESTORNO DE DÉBITO NAS VENDAS DE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS PELO ESTABELECIMENTO. OPERAÇÕES AMPARADAS PELO DIFERIMENTO. USO SIMULTÂNEO DE BENEFÍCIO FISCAL EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O autuado efetuou estorno de débito a maior que o de direito, em desacordo com o previsto nos artigos 1º, 2º e 7º do Decreto nº 4.316/95. Restou comprovado que as operações comerciais já estavam incluídas na totalidade das operações de saídas do estabelecimento industrial autuado, comprovando o uso simultâneo de ambos os benefícios, sustentado pela Fiscalização e confirmado no Parecer da ASTEC. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. DEVOLUÇÃO DE MERCADORIA COM SAÍDA SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. Não cabe a utilização de crédito relativo às mercadorias devolvidas, cujas saídas ocorreram sem pagamento do imposto, pois foram beneficiadas com o estorno de 100% do débito do ICMS destacado nos documentos fiscais, nos termos do Decreto nº 4.316/95. 3. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. PRODUTOS DIFERIDOS DO DEC. 4.316/95. As operações de *imobilização, locação de produtos, além da baixa nos estoque de mercadorias importadas com referido diferimento do ICMS nos termos do Decreto nº 4.316/95, não implicam* “operações tributáveis” a demandarem a exigência do ICMS, nas respectivas saídas. A natureza da infração não está corretamente descrita, comprometendo sua liquidez e certeza e a conseqüente ampla defesa do autuado, contrariando o disposto no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF (art. 18, IV), que anula o lançamento de ofício que não contenha os elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração ou o infrator. Infração Nula. 4. LIVROS FISCAIS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS PAGAMENTOS EFETUADOS E OS LANÇAMENTOS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Infração não impugnada. 5. LIVROS FISCAIS. MULTA. REGISTRO DE CONTROLE DA PRODUÇÃO E ESTOQUE. Infração caracterizada. 6. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DMA. DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS. MULTA. Infração caracterizada. 7. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADAS. **a) MERCADORIAS SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. **b)** MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% e 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas.**

Infrações caracterizadas. Rejeitado o pedido de redução ou cancelamento das multas e indeferido o pedido de decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**.
Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 29/06/2011, para exigir o imposto e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de R\$41.725,64, através das seguintes infrações:

1. Estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto. Consta ainda *“que o autuado efetuou estorno de débito a maior que o de direito, em desacordo com o previsto nos artigos 1º, 2º e 7º do Decreto nº 4.316/95, decorrente de erro na apuração do valor do estorno de débito mensal. De acordo com os dispositivos citados as saídas de produtos importados como diferimento do ICMS têm carga de 3,5%, a revenda de produtos adquiridos no mercado nacional, tem tributação normal e as saídas de produção de estabelecimento tem estorno de 100% do imposto destacado nos respectivos documentos fiscais, tudo em conformidade como os demonstrados no levantamento anexos: Anexo I-b – Auditoria do Diferimento – Demonstrativo da apuração do estorno de débito, conferido pelo Decreto nº 4.316/95; consolidadas e resumidas mensalmente no Anexo I-a – Resumo Demonstrativo das operações realizadas pelo estabelecimento...; e consolidadas no demonstrativo por exercício Anexo I – Resumo da apuração do estorno de débito – conforme Decreto nº 4.316/95. Ressaltamos que o contribuinte efetuou a apuração de débito de forma distinta nos exercícios de 2006 e 2007 e não apresentou a esta fiscalização nenhum esclarecimento sobre as formas utilizadas. Como a escrituração fiscal do contribuinte apresentava saldo credor do ICMS na apuração da conta-corrente no livro RAICMS, em vários meses do período fiscalizado (2006/2007), essa fiscalização elaborou nova conta-corrente fiscal incluindo e/ou excluindo valor de ICMS, apurando, ao fim, o valor do crédito indevido de ICMS (ref. A estorno de débito indevido) conforme demonstrado no Anexo II – Demonstrativo da conta-corrente fiscal do ICMS após a apuração das infrações, inclusive com a exclusão do saldo credor do período anterior em 01/2007, já que no mês de dez/2006, foi apurado pelo contribuinte ICMS a recolher”*. Valor R\$29.487,43, multa de 60%.
2. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com não incidência do imposto. Consta ainda: *“utilizou crédito indevido referente à devoluções de mercadorias, cujas saídas ocorreram sem pagamento do imposto, pois foram beneficiadas com o estorno de 100% do débito do ICMS destacado nos documentos fiscais, nos termos do Decreto nº 4.316/95, conforme demonstrativo Anexo II – Auditoria do crédito – devoluções – crédito indevido”*. Valor R\$2.939,52 e multa de 60%
3. Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Consta ainda que *“o contribuinte efetuou imobilização e locação de produtos nos exercícios de 2006 e 2007 de parcela da produção da empresa elaborada com produto e CPP (componentes, partes e peças) importados com diferimento do ICMS, amparados pelo Decreto nº 4.316/95, não havendo comercialização dessas mercadorias. Essas operações de imobilização de mercadorias/produtos e locação não se aplicam ao diferimento previsto no Decreto nº 4.316/95, uma vez que se trata de produção de bens cuja destinação final refere-se a uma atividade fora do campo de incidência do imposto estadual, também efetuou baixa de estoque de mercadorias importadas com referido diferimento do ICMS nos termos do Decreto nº 4.316/95, em decorrência de roubo das mercadorias. A imobilização e locação dos produtos e a baixa do estoque são ocorrências que impossibilitaram a efetivação de operação ou evento futuro (saída por venda) previsto como termo final do diferimento, conforme demonstrado nos levantamentos Anexos IV e V, tendo como dispositivos infringidos: Arts. 1º, 2º e 7º, do Decreto nº*

4.316/95 e 347, inciso III, alíneas “a” e “b”, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97”. Valor R\$ 7.148,72, multa de 60%.

4. Deixou de escriturar os livros fiscais Registro da Produção e de Estoque. O contribuinte cadastrado como estabelecimento industrial, não escriturou o livro de Registro da Produção e do Estoque, sendo o uso obrigatório para os estabelecimentos industriais. Multa fixa: R\$460,00;
5. Recolheu a menos ICMS em decorrência de desconhecimento entre o(s) valor(es) do imposto recolhido e escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, referente ao período 04/2006, sendo: Valor escriturado R\$230,46, Valor recolhido R\$177,98, Diferença de ICMS a recolher R\$52,48, conforme demonstrado no Anexo de Auditoria da conta-corrente elaborado com utilização do sistema SAFA, além da multa de 60%.
6. Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através do DMA, sendo divergentes dos registrados nos livros fiscais (RAICMS), sendo: Divergência nos dados das entradas, saídas e apuração do ICMS referente aos períodos: janeiro, fevereiro e agosto/2006, setembro a dezembro/2007; Divergência também nos dados de entrada nos períodos: março, julho, setembro, outubro e dezembro/2006 e agosto/2007; Divergência nos dados das saídas – período maio/2005, conforme demonstrativo Anexo – AUDIF 241 – exercícios 2006 e 2007. Multa fixa: R\$140,00;
7. Deu entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, referente na Nota Fiscal nº 580.423, emitida em 23/03/2007 (mercadoria p/revenda: estabilizador), nota fiscal coletada junto ao CFAMT e não registrada na escrita fiscal do contribuinte no período fiscalizado (até dez/2007), conforme demonstrativo anexos nos autos. Multa fixa de 10%: R\$1.312,95;
8. Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) não tributável(is) sem o devido registro na escrita fiscal referente à notas fiscais de operações não tributáveis (retorno de remessa em garantia, devolução de conserto, ...), nota fiscal coletadas junto ao CFAMT e não registradas na escrita fiscal do contribuinte no período (até dez/2007) – Notas Fiscais nºs: 51 de 13/06/07, 49460 de 26/09/07, 32810 de 27/09/07, 49531 de 01/10/07, 36 de 13/01/07, 3436 de 07/11/07, 51120 de 05/12/07, 51276 de 11/12/07, 110 de 13/12/07, 22653 de 20/12/07, no valor total de R\$18.454,33, conforme demonstrativos anexos nos autos. Multa fixa de 1%: R\$184,54;

O sujeito passivo apresentou razões, através de advogado devidamente habilitado, de fls. 634/643, alegando a insubsistência da exigência. Suscitou preliminar de decadência, sob a arguição de que o fator tempo é determinante e o ordenamento jurídico contempla hipóteses para a estabilidade das relações jurídicas.

Aduz que a Fazenda Pública perdeu o direito de constituir o crédito tributário devido ao prazo, sendo causa de extinção da obrigação tributária, conforme preceitua o art. 156, V, do CTN, o que concretizou a decadência, falecendo ao Fisco autorização legal para exigir o crédito tributário.

Diz que, em conformidade com o art. 146, III, da CF/88, compete à Lei Complementar dispor sobre a decadência/prescrição de tributos; questão pacificada pelo STF na Súmula Vinculante nº 08. Diz que, nos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, o art. 150, §4º do CTN estabelece o prazo para constituir o crédito tributário. No auto de infração ora discutido, que foi lavrado em 29/06/2011, com notificação em 30/06/2011, consumou tal decadência relativo aos períodos de apuração de jan a jun/2006.

Transcreve jurisprudência recente do STJ: (AgRg no REsp 1152747/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, 2ª T, julgado em 15/02/2011, DJe 22/02/2011, AgRg no REsp 1182862/RS, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, 1ª T, julgado em 16/12/2010, DJe 02/02/2011), que reconhece a contagem do prazo decadencial com fundamento no art. 150, § 4º, do CTN.

No mérito, alega, quanto aos estornos relativo à infração 1, que a fiscalização os apurou em valor maior que o de direito, supostamente em desacordo com o previsto no Decreto nº 4.316/95;

promoveu ainda diversas glosas dos créditos lançados no livro Registro de Apuração do ICMS, tudo conforme o “resumo da operação do estorno de débito”.

Diz que apresentou detalhamento do crédito relativo à atividade comercial de todo o exercício de 2007, o que não foi possível, à época da fiscalização. Alega que, em face ao princípio da verdade material, nada impede a revisão do lançamento de ofício.

Na infração 2, diz que apresentará a documentação comprobatória de que houve substituição dos equipamentos. Quanto a infração 3, a alegação é que apresentou saldo credor do ICMS, na sua escrita fiscal, após os ajustes dos créditos glosados na infração 1. Diz que deve ser elaborada nova conta-corrente fiscal e, em consequência, reduzir ou cancelar o crédito tributário. Diz ainda que em relação aos bens selecionados pelo fisco, houve importação de componentes, partes e peças destinadas à industrialização e venda, mas, por questões operacionais, os equipamentos foram imobilizados. Lembra da previsão do art. 1º-A do Decreto nº 4.316/95 de diferimento do ICMS de bens destinados ao ativo imobilizado para quando ocorrer a desincorporação.

Aduz que atendeu aos requisitos do Decreto nº 4.316/95 para o gozo do benefício fiscal, havendo expressa vinculação entre os eventos importação, industrialização e imobilização.

Quanto às multas dos itens 4, 6, 7 e 8, esclareceu que o cometimento das infrações não trouxe nenhum prejuízo ao erário público, nem dolo, fraude ou simulação pela empresa, aplicável, no caso a redução ou cancelamento previsto no art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96. Discorre sobre obrigações acessórias (art. 113, CTN) e a manifestação do CONSEF sobre o tema; pede diligência fiscal, especialmente para investigar os estornos relativos à Infração 1, tomando por base os demonstrativos apresentados pelo autuado.

Por fim, pede o julgamento improcedente do Auto de Infração.

A autuante em sua informação fiscal, fls. 669/677, diz que o auto de infração foi lavrado em conformidade com a legislação pertinente, em especial o decreto 4.316/95. Resume as alegações da defesa, diz que o autuado contestou todas as infrações, exceto o item 05, sobre o qual não se manifestou. Com relação ao descumprimento das obrigações acessórias, nos itens 04, 06, 07 e 08, pede o cancelamento das penalidades, em vista a ausência de dolo, simulação ou fraude.

Sobre a decadência das exigências no período janeiro/junho 06, apesar das alegações defensivas com fundamento no art. 146, III, CF 88, no art. 150, § 4º, art. 156, CTN, além da jurisprudência do STJ, diz que o pedido não encontra respaldo na legislação.

Argui que a descrição da infração 1 está clara e que as próprias alegações defensivas confirmam o acerto da autuação. Diz que o contribuinte utilizou simultânea e indevidamente os benefícios previstos no Decreto 4.316/95 para os estabelecimentos industriais (art. 2º) e para os estabelecimentos comerciais (art. 3º). Explica que sendo o autuado uma indústria, a saída de produtos industrializados tem o benefício de estorno de 100% do débito de ICMS destacados nos documentos fiscais, o que foi utilizado no período fiscalizado (2006/2007). Afirma que em 2007, no entanto, o contribuinte utilizou simultaneamente o benefício previsto para os estabelecimentos comerciais (crédito presumido de 5%, conforme art.3º, Decreto 4.316/95), o que resultou no acúmulo de saldo credor na sua conta corrente fiscal.

Aduz que a infração 2 se refere ao uso de crédito indevido na devolução de mercadorias, cujas saídas ocorreram sem pagamento do imposto, pois foram beneficiadas também com estorno de 100% do débito do ICMS destacado nos documentos fiscais, nos termos do Decreto nº 4.316/95,

Explica que o contribuinte só pode creditar-se de ICMS referente à devolução de mercadorias no mesmo montante de seu débito; se estornou totalmente o débito nas saídas, não pode creditar-se do imposto na entrada por devolução das vendas e está correta a autuação. Sobre a alegação do autuado de que apresentará documentos comprobatórios da substituição dos equipamentos, diz que não tem nenhuma vinculação com os fatos descritos.

Na infração 3, diz que a acusação é da prática de operações tributáveis como não tributáveis, que se expressa na imobilização e locação de parcela de produtos elaborados com CPP (componentes, partes e peças) importadas com diferimento, além da baixa nos estoques de mercadorias importadas, também com diferimento, em decorrência de roubo das mesmas. Conclui o autuante que todas essas operações são ocorrências que impossibilitariam a efetivação da operação ou evento futuro, a saída por venda, termo final do diferimento.

Contesta a alegação defensiva de que fez importação de componentes, partes e peças destinadas a industrialização e vendas, mas que, por questões operacionais, tais bens foram imobilizados e o fato encontra previsão no art. 1º-A do Decreto 4.316/95. Aduz que tal dispositivo não se aplica ao fato em questão, argüindo que tal dispositivo se estende a aplicação do diferimento do ICMS às importações de bens destinados ao ativo imobilizado, efetuados por estabelecimentos industriais do setor, referindo-se, pois, à importação de bens (máquinas, equipamentos) a serem utilizados no processo industrial das mercadorias alcançadas pelo Decreto nº 4.316/95.

Salientou que a locação de equipamentos é uma atividade sujeita à legislação do ISSQN, fora do campo de incidência do ICMS e a importação de bens destinados à locação, bem como a imobilização de equipamentos resultantes da industrialização (equipamentos produzidos com CPP importados c/ diferimento do ICMS) não goza do benefício do diferimento previsto no Decreto nº 4.316/95. Assim, mantém a autuação.

Em relação às multas arguiu que o autuado não cumpriu com as obrigações acessórias, objeto das infrações 4, 6, 7 e 8, e insubsistentes são as alegações de que não trouxe prejuízo ou que não houve dolo. Ressaltou que a Lei deve ser cumprida por todos, não podendo o contribuinte escolher quais obrigações tributárias deve ou não cumprir; completa, em contrário ao autuado, que o descumprimento das obrigações acessórias traz prejuízo ao Erário público. Na infração 4, por exemplo, ao não escriturar o Livro de Controle da Produção e do Estoque, inviabilizou a auditoria de estoques de todos os produtos e impediu uma completa fiscalização. Lembra ainda que a declaração incorreta da DMA traz claro prejuízo, pois os dados informados na Declaração servem de base para o repasse de fundos aos municípios.

Entende não haver motivos para a deliberação de diligência fiscal e pede procedência dos autos.

O autuado volta a manifestar-se, fls. 682/687, reforça o pedido de decadência da exigência, no período janeiro/junho/06. Com relação à infração 01, negou que fez estorno de débito de ICMS nas notas fiscais e, de forma simultânea, o crédito presumido de 5%. Afirma, em contrário, que tratou distintamente as operações de industrialização e comercialização; a fiscalização é que não procedeu à devida apuração dos créditos tributários e pede sua nulidade, acorde art. 18, RPAF/BA.

Com relação à infração 02, assevera que se operou a decadência, no período janeiro/junho 2006. Diz que em breve apresentará a documentação que comprova a substituição dos equipamentos.

Na infração 03, diz que o decreto 4.316/95 confere o benefício do diferimento para importação, industrialização e imobilização. Esclarece que o art. 1-A autoriza o diferimento do ICMS nas importações de bens destinados ao ativo imobilizado para o momento de sua desincorporação, sem qualquer menção ao processo industrial, fato que a fiscalização sequer investigou. Diz ainda que, em havendo saldo credor do ICMS, em caso de manutenção da autuação, deve ser feito conta corrente para a apuração do crédito tributário.

Com relação às infrações 04, 06, 07 e 08, pede a aplicação do disposto no art. 42, § 7º, Lei 7.014/96 para o cancelamento integral das multas.

O órgão julgador converte o PAF em diligência, fls. 700/701, para que se verifique, na infração 01, a utilização simultânea dos benefícios previstos nos artigos 1º e 2º decreto 4.316/95 e o crédito presumido de 5%, previsto à época dos fatos para os estabelecimentos comerciais, no art. 3º do mesmo diploma. Na infração 03, que exige falta de recolhimento na imobilização e locação de produtos adquiridos com componentes, partes e peças importadas com diferimento, pede para

verificar as saídas que originaram a exigência, identificando separadamente as saídas para locação, baixa de estoque ou imobilização. Solicita ainda a verificação do saldo credor alegado pelo autuado.

O parecer ASTEC 35/12, fls. 704/706, em cumprimento à diligência, apresenta considerações, após as análises e confrontos dos documentos apresentados pelo Fisco e pelo autuado. No exercício 2006, em relação à infração 01, o parecer é no sentido de que o impugnante nada apresentou.

Em relação ao exercício 2007, diz que autuado apresentou demonstrativo (fls. 716/727) indicando as operações de comercialização (notas fiscais não foram apresentadas) com crédito de 5%, venda de CPU, dentro do Estado e redução de 58,825%, de janeiro/dezembro 2007, confirmando os valores lançados no RAICMS (fl. 356/382), que foram excluídos pela Auditora Fiscal, pelo fato de o contribuinte ter estornado 100% do débito do ICMS destacado nas notas fiscais.

Diz que para confirmar se o autuado utilizou os dois benefícios simultaneamente, verificou os lançamentos dos débitos das notas fiscais no livro Registro de Saídas de janeiro 2007 (fl. 612/618), posteriormente lançados no Registro de Apuração de ICMS (fl. 356), concluindo pelo uso simultâneo dos dois benefícios.

Na infração 03 diz que o autuado apresentou no CD notas fiscais com CFOP 6554 – Remessa para locação (fls. 732/736) e apresenta demonstrativo de bens para locação e de baixa nos estoques.

O autuado apresenta manifestação sobre o parecer fiscal, fls. 713/714. Diz que com relação à infração 01, apresenta demonstrativo com as respectivas notas fiscais com datas e valores referentes às operações de comercialização (CFOP 5102, 5152, 6102, 6108), exatamente onde a fiscalização não apropriou corretamente os estornos. Exemplifica que no mês de fevereiro 2007, o estabelecimento apurou na operação comercial estornos de R\$ 10.879,26 e a fiscalização R\$ 50,10. Diz que tal equívoco ocorreu em todo o período.

Referente à infração 03, diz que notas fiscais das competências 10/06, 11/06 e 01/07 estão em poder da receita federal, pede prazo suplementar de 5 dias para a sua apresentação.

Volta a manifestar-se, às fls. 728/729, trazendo em complemento ao material entregue para a diligência fiscal, demonstrativo de apuração do ICMS revisado relativo ao mês 01/07, quando utilizou o critério de apropriação de crédito nas entradas por compras para comercialização e estorno do crédito das entradas por compras ou transferidas para industrialização.

Explica que nas saídas, estornou o ICMS das notas fiscais dos produtos fabricados, conservou o débito de produtos importados com a redução da base de cálculo permitida, além de conservar o débito dos produtos nacionais adquiridos de terceiros.

Argumenta que a Fiscalização reconstituiu a conta corrente do ICMS, cobrou o imposto das saídas das partes e peças adquiridas no mercado interno, sem, contudo, apropriar o crédito nas entradas ou estornar o débito das saídas. Reitera que mesmo com a apuração fiscal, a apuração do ICMS da empresa é credora. Diz que no demonstrativo anexado relaciona as operações de remessa para locação e respectivas notas fiscais.

O PAF foi retirado da pauta da sessão de 27.07.12, tendo em vista a alegação do Patrono do estabelecimento autuado de que não fora devidamente intimado do Parecer ASTEC 35/12, em contrário do constante à fl. 739.

Efetivada a intimação, fls. 742/743, o sujeito passivo manifesta-se, às fls. 745/747. Diz que o Parecer da ASTEC em discussão ratificou integralmente o demonstrativo fiscal de estorno de débito, mas não ficaram resolvidas algumas premissas. Diz que, segundo o Fisco, o autuado estornou incorretamente 100% do débito de ICMS, nas notas fiscais de 2006 e 2007. Aduz que, exatamente por ter estornado 100% do débito, não apropriou qualquer crédito. Defende-se que, como houve exigência de ICMS em relação às saídas (internas) de partes e peças como “estorno indevido”, deveria ser apropriado o crédito das respectivas entradas, sob pena de violação da não cumulatividade do ICMS. Diz ainda que foi aplicada a alíquota de 17%, sem observar a redução da base de cálculo de forma que a carga

tributária restasse igual a 7% (art. 87, V, RICMS/BA). Conclui que tais questões passaram ao largo da ASTEC, o que deve ser objeto de parecer complementar.

Quanto à infração 03, relata que o parecer ASTEC ressalta as saídas de imobilizado para locação (CFOP 6554 e 5949) sujeitas às regras do diferimento (art. 1º-A Decreto 4.316/95). Diz, no entanto, que não foi observado o saldo credor do ICMS, no momento das saídas por locação. Sublinhando que possuía saldo credor, à época da autuação. Pede nova diligência.

O autuado junta cópia da Procuração dos seus advogados, fls. 752.

O PAF é convertido em nova diligência, fl. 755, para que a autuante apresente Informações acerca dos novos elementos trazidos pelo autuado, nos termos do art. 127, § 2º, RPAF/BA,

A Auditora Fiscal, responsável pela ação fiscal, apresenta Informação, fl. 758, aduzindo que o Parecer ASTEC ratifica o seu trabalho fiscal e o autuado não apresentou argumento novo. Reitera que o crédito foi devidamente. Explica que aplicou a alíquota de 17% sobre a base de cálculo reduzida de forma que a carga tributária corresponda a 7% (art. 87, V, RICMS/BA), o que pode ser observado a partir dos demonstrativos de débito construídos.

O autuado volta a manifestar, fls. 764/765, diz que instado a se pronunciar sobre o resultado da diligência fiscal, contatou que a autuante se restringiu em ratificar a procedência integral da infração, apesar dos vícios não sanados por ocasião da instrução processual, comprometendo a autuação.

Alega na infração 01, como houve a exigência do ICMS relativo às saídas (no mercado interno) de partes e peças com estorno indevido, deveria também ter sido apropriado o crédito das respectivas entradas, sob pena de violação à regra da não cumulatividade.

Na infração 02, diz que não foi investigada na diligência fiscal a redução da base de cálculo, de forma que fosse respeitada a carga tributária equivalente a 7%, nos termos do art. 87, inciso V, RICMS/BA/97.

Na infração 03, alega que o parecer ASTEC ressalta a existência de saídas de imobilizado para locação (CFOP s 6.554 e 5.949), portanto, sujeitas às regras de DIFERIMENTO nos termos art. 1º-A do decreto nº 4.316/95, devendo ser excluídas no lançamento. Ainda na infração 03, diz que não houve a validação da existência de saldo credor de ICMS, no momento das saídas por locação, conforme determinado por esta junta.

Ressalta que o autuante impugnou apenas a infração 01, não apresentando argumento face às demais infrações. Ratifica a impugnação em todos os seus termos.

VOTO

O lançamento de ofício em discussão se refere ao recolhimento de ICMS efetuado a menos em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, em função dos critérios do Decreto nº 4.316/95, além do descumprimento de obrigações acessórias, conforme as infrações relatadas na inicial dos autos, que serão objeto da apreciação que segue, exceto para a infração 05, no valor de R\$ 52,48, que não foi impugnada pelo sujeito passivo, estando, pois, caracterizada.

Cumpre, antes ao exame das questões formais suscitadas pelo impugnante. O cancelamento das multas será analisado, quando das questões de mérito.

Sobre a decadência da apuração de ICMS, no período jan a jun/2006, tendo em vista a notificação do presente Auto de Infração, em 30/06/2011, não acato essa preliminar, haja vista que, nos termos do art. 173, CTN, ainda não havia ocorrido a decadência do direito de ser lançado o crédito tributário relativo ao período questionado. O prazo de decadência, segundo a legislação desse Estado e a farta jurisprudência do Conselho de Fazenda do Estado, começa a ser contado a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

O § 4º, art. 150, CTN, ao qual se apegua a defesa, aplicar-se-à quando a lei do ente tributante não fixa prazo à homologação. O Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº 3.956/81), no art. 107-A,

acrescentado pela Lei nº 8.534/02, estabelece o prazo de decadência do direito de efetuar o lançamento do crédito tributário em consonância com o art. 173, CTN.

Dessa forma, o primeiro dia do exercício seguinte para tais créditos tributários é 1º de janeiro de 2007 e o lançado de ofício poderia ser feito até 31 de dezembro de 2011.

No mérito, as três primeiras infrações atribuídas ao sujeito passivo, dizem respeito às operações ocorridas no âmbito do tratamento tributário especial promovido pelo Decreto nº 4.316, de 19 de junho de 1995, que trata do lançamento e pagamento do ICMS relativo ao recebimento do exterior de componentes, partes e peças destinados à fabricação de produtos de informática, eletrônica e telecomunicações, por estabelecimentos industriais desses setores.

Na primeira infração, a acusação é de estorno de débito a maior que previsto nos artigos 1ª, 2ª e 7ª do decreto 4.316/95. Verifico que, de acordo com tais dispositivos, as saídas de produtos importados com DIFERIMENTO do ICMS têm carga de 3,5%; a revenda de produtos adquiridos no mercado nacional tem tributação normal e as saídas de produção de estabelecimento têm estorno de 100% do imposto destacado nos respectivos documentos fiscais.

A Auditora Fiscal elaborou demonstrativo de débito, às fls. 10/68, descrevendo detalhadamente as operações havidas e os estornos de ICMS que deixaram de ser feitos, a partir do conta corrente fiscal do próprio contribuinte. Ao confrontar os valores apurados com aqueles consignados pelo autuado, a Auditora não acatou os valores do estorno procedido pelo contribuinte, por entender que estava em desacordo com os benefícios previstos no Dec. nº 4.316/95.

Diligência fiscal foi designada para verificar a utilização simultânea do DIFERIMENTO destinado às operações industriais e o crédito presumido de 5% previsto, à época dos fatos, para os estabelecimentos comerciais. O parecer ASTEC 35/12, fls. 704/706, confirma o procedimento fiscal, a partir da análise dos livros e documentos apresentados, considerando que os estornos lançados no RAICMS (art. 2º do decreto 4.316/95) incluem os valores referentes a comercialização de CPU com notas fiscais de CFOP 5116 (Venda de produção do estabelecimento originada de encomenda para entrega futura).

É cediço que o Decreto 4.316/95 dispõe sobre o tratamento tributário aplicável no lançamento e pagamento do ICMS relativo ao recebimento do exterior de componentes, partes e peças destinados à fabricação de produtos de informática, eletrônica e telecomunicações, por estabelecimentos industriais desses setores. Nessa senda, estabeleceu o mencionado decreto (art. 1º) o DIFERIMENTO do ICMS para as empresas industriais de produtos eletrônicos e correlatos, além do estorno de 100% (cem por cento) do débito do ICMS incidente nas saídas de produtos industrializados pelas referidas empresas.

Assim, nas operações de saída dos produtos resultantes da industrialização, o estabelecimento industrial lançará a crédito o valor do imposto destacado, quando naqueles produtos forem aplicados os componentes, partes e peças recebidos com o tratamento retro mencionado.

Ora, na situação em comento, a discussão cinge-se em saber se houve ou não a utilização simultânea do benefício do estorno de débito e o aproveitamento do crédito presumido nas vendas de CPU no mercado interno, para as quais o estabelecimento autuado apresentou demonstrativo, discriminando-as, fls. 644/655 e, em seguida, como estorno apurado nas operações comerciais, fls. 713/715.

Com relação à arguição defensiva de que a fiscalização cobrou o imposto das saídas de partes e peças adquiridas no mercado interno, sem, contudo, apropriar o crédito nas entradas ou estornar o débito nas saídas, contrariando o princípio da não cumulatividade, o direito não assiste ao autuado. Isto porque é vedada a utilização de crédito fiscal relativo a operações ou prestações anteriores vinculadas à industrialização dos produtos abrigados pelo tratamento tributário em debate (art. 4º).

Assim, da análise do dispositivo regulamentar, temos que, ao estabelecimento comercial que promover saídas de produtos fabricados neste Estado por contribuintes que tenham utilizado em sua produção o tratamento previsto no art. 1º ou no art. 1-A deste Decreto 4.316/95, é vedada a utilização

do crédito fiscal relativo à entrada da mercadoria, podendo lançar como crédito o valor do imposto destacado na nota fiscal de saída, ou seja, o direito ao creditamento do imposto está relacionado às saídas promovidas pelo estabelecimento comercial e não às entradas das mercadorias objeto de comercialização.

Compete, então, ao autuado, creditar-se do valor correspondente ao débito do imposto decorrente das vendas de mercadorias por ele efetuadas, devidamente destacado na nota fiscal de saída, lançado a crédito no livro de Apuração do ICMS, no campo "outros créditos". Tal crédito, nas saídas internas, corresponderá ao valor do imposto incidente sobre a base de cálculo reduzida, nos termos do Art. 87, inciso V, do RICMS-BA/97 (art. 3º, parágrafo único).

Contudo, o tratamento tributário diferenciado aplicável às operações com produtos de informática, a postergação do lançamento do ICMS incidente nas entradas dos citados produtos, quando destinados à montagem de computadores, aplica-se exclusivamente na hipótese em que o estabelecimento adquirente seja industrial. O benefício do DIFERIMENTO do ICMS não se aplica às aquisições dos citados produtos, efetuadas por estabelecimento comercial varejista. Vigê para os estabelecimentos industriais, como é o autuado, o estorno de débitos fiscais, nas operações de saída dos produtos resultantes da industrialização, que lançará a crédito o valor do imposto destacado.

A acusação de estorno a maior envolve os períodos de 2006 e 2007; mas as próprias notas fiscais das vendas internas de CPU, trazidas aos autos, nas razões, confirmam a utilização simultânea dos estornos de débito nas saídas da indústria, além do crédito presumido previsto para os estabelecimentos comerciais.

Constato, enfim, que as questionadas operações comerciais já estavam incluídas na totalidade das operações de saídas do estabelecimento industrial autuado, a exemplo das notas fiscais constantes do relatório da defesa, fls. 644, constando, igualmente, no livro Registro de Saída, fl. 613 e no livro de Apuração de ICMS, fl. 356, comprovando o uso simultâneo de ambos os benefícios, sustentado pela Fiscalização e confirmado no Parecer da ASTEC. Ademais, depreende-se da legislação pertinente que benefícios fiscais devem ser interpretados de forma restritiva e não comportam extensões ou acumulações com outros benefícios, não previstos na norma. Infração que resta caracterizada, no valor de R\$ 29.487,43.

Na infração 02, a exigência é de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias com saídas subseqüentes beneficiadas com não incidência do imposto.

No caso concreto, demonstrativo fiscal de fls. 69/71, elenca a utilização de crédito fiscal, nas operações de devolução de mercadorias, cujas saídas ocorreram sem pagamento do imposto, beneficiadas, antes, com estorno de 100% do débito do ICMS destacado nos documentos fiscais, nos termos do Decreto nº 4.316/95.

Alega o autuado que apresentará oportunamente documentação comprobatória do acerto de seu procedimento, o que não o fez. De toda a sorte, incorreto é o procedimento do autuado, que somente poderia creditar-se de ICMS referente à devolução de mercadorias no mesmo montante de seu débito anterior. Considerando que estornou integralmente o débito, nas saídas, pelas razões retro anunciadas, não poderia creditar-se do imposto na entrada por devolução das vendas e está correta a autuação, caracterizada no valor de R\$ 2.939,52.

Na terceira infração, a acusação é da falta de recolhimento de ICMS, em razão da prática de operações tributáveis como não tributáveis, estando tais operações regularmente escrituradas, no valor de R\$ 7.148,72.

O demonstrativo fiscal elaborado pela Auditora Fiscal, fls. 138/139, discrimina operações de importação de equipamentos que foram destinados para locação e cujas remessas para o imobilizado ocorreram sem o pagamento do imposto devido, contrariando a norma. Sustenta a Auditora que o 1º-A do Decreto nº 4.316/95 prevê o DIFERIMENTO do ICMS de bens destinados ao ativo imobilizado para

o momento em que ocorrer a sua desincorporação, mas seu termo ocorre quando houver uma destinação diversa daquela contida na lei.

A alegação defensiva é que as notas fiscais correspondentes estão em poder da receita federal, que a Fiscalização não verificou o seu saldo credor de ICMS ou que importou para industrializar e, por questões operacionais, os equipamentos foram imobilizados.

A Auditora Fiscal ao descrever a infração, o fez da seguinte forma:

- deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis.

Está evidenciado nos autos que a descrição da infração, o seu enquadramento legal e mesmo as discussões para o acertamento do lançamento de ofício se referem a falta de recolhimento do imposto em vista de o estabelecimento industrial ter realizado operações tributáveis, mas que não foram tributadas. A análise dos fatos e os documentos acostados revelam que se tratam, na realidade, de operações de imobilização e remessas para locação de produtos, além de baixa nos estoques que, a rigor, não se tratam de situações que impliquem “operações tributáveis” a demandarem a exigência do ICMS, nas respectivas saídas.

No presente caso, o autuante fez demonstrativos, fls. 138, 147 e 152, para informar as remessas para imobilizado (notas fiscais 2331, 2413 e 2726), para locação (nota fiscal 3029) ou mesmo baixa do estoque (nota fiscal 3238), sob o entendimento que tais peças ou partes foram importadas com diferimento, sem que o evento das saídas subseqüentes ocorressem e, nesse caso, caberia a exigência do imposto. Não é da natureza tributária do Decreto 4.316/95, o pagamento do ICMS nas saídas dos produtos industrializados pelas referidas empresas, não implicando os eventos antes qualificados em operações tributáveis.

O Auto de Infração, como peça fundamental que é, deve se revestir de todas as formalidades intrínsecas e extrínsecas para que possa surtir os seus efeitos, dentre elas, a correta descrição do fato infringente e o seu respectivo montante tributável. Diante do exposto, percebe-se claramente que o crédito tributário apontado pelo autuante, inclusive após a diligência, encontra-se eivado de vícios, pela fragilidade da acusação imposta ao sujeito passivo, visto que a natureza da infração não está corretamente descrita, comprometendo sua liquidez e certeza e a conseqüente ampla defesa do autuado, contrariando o disposto no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF (art. 18, IV), que anula o lançamento de ofício que não contenha os elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator.

Ressalto o vício insanável presente no lançamento tributário, alicerçado nos termos da ausência de requisitos básicos do Auto de Infração, comprometendo o ajustamento do fato concreto à Lei. O art. 146 do Código Tributário Nacional – CTN, não possibilita à autoridade administrativa alterar o critério jurídico do lançamento tributário após a sua efetivação, tornando a situação presente em vício formal insanável. Face ao exposto, a descrição precária da infração, dificultando o ajustamento do fato à lei, implicando também em cerceamento da defesa, o que compromete de nulidade a exigência na infração 03.

Com relação às multas por descumprimento de obrigações acessórias, contidas nas infrações 4, 6, 7 e 8, alega o autuado que não causou prejuízo fiscal e, na ausência de dolo, fraude ou simulação, pede a redução ou cancelamento previsto no art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96.

Não comungo da arguição defensiva de que o cometimento de tais infrações não trouxe prejuízo ao erário público. A obrigação tributária acessória, tendo por objetivo as prestações positivas (fazer) ou negativas (não fazer), no interesse da arrecadação ou fiscalização dos tributos, origina-se da legislação tributária (art. 113, § 2º, CTN) e a ocorrência dos fatos conforme previsto na hipótese tributária da obrigação tributária acessória acarreta infração à ordem tributária punível com a aplicação da multa prevista na lei.

Ao deixar de escriturar o Livro de Controle da Produção e do Estoque (infração 04), o sujeito passivo inviabilizou a auditoria de estoques dos produtos, causando embaraço à

fiscalização. A declaração incorreta da DMA (infração 06), em contrario, traz claro prejuízo, pois os dados informados pelos contribuintes nas DMA servem de base, inclusive, para o repasse de fundos aos municípios.

O pedido de cancelamento, portanto, não se sustenta; as mesmas foram corretamente aplicadas ao presente caso, estando previstas na Lei nº 7.014/96. Descarto, igualmente, o pleito concernente à redução das multas, pois foram aplicadas em conformidade com a previsão expressa na mencionada Lei. Registre-se, ademais, que a autuado tem reincidido em tal prática, a exemplo da entrada de mercadorias no estabelecimento sem registro e a falta de apresentação do livro de produção, conforme acórdão CJF nº 0090-11/08.

Posto isso, caracterizadas integralmente as multas por descumprimento de obrigações acessórias.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206969.0002/11-2**, lavrado contra **DATEN TECNOLOGIA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$32.479,43**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “b”, “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$2.097,49**, prevista nos incisos IX, XI, XV, alínea “d” e XVII, “c”, do mesmo diploma legal, alterada pela Lei nº 8.534/02, com os acréscimos moratórios previsto pela Lei nº 9.837/05. Na forma do art. 21 do RPAF/99, em relação a infração 03, recomendo a autoridade competente que analise a possibilidade de repetição dos atos, a salvo de falhas.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de maio de 2013.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR