

A. I. Nº - 117808.0006/08-4
AUTUADO - SEMP TOSHIBA INFORMÁTICA LTDA
AUTUANTE - ALZIRA LORDELO SANCHES e BERNADETE LOURDES LEMOS LORDELO
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET 13.09.2013

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº0195-04/13

EMENTA: ICMS 1. IMPORTAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. PRODUTOS QUE NÃO CONSTAM NA PORTARIA 895/99 E 636/2003, À ÉPOCA DOS FATOS GERADORES. Constatado que os produtos objeto da autuação estão fora do anexo Único da Portaria 895 de 09/07/99, e para os quais, não foram localizados no sistema CPT, processos de pedidos de desoneração do ICMS na importação, em caráter precário. Infração não elidida..2. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. a) SAÍDA PARA REVENDA COMO SE FOSSE DE PRODUÇÃO PRÓPRIA CONTEMPLADA COM BENEFÍCIO FISCAL. Comprovada que parte das mercadorias foram produzidas pelo estabelecimento, ao ser efetuada diligência fiscal, o que beneficia a empresa consoante o Dec. 4.316/95. Infração elidida em parte. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE ENTREGA E DIVERGÊNCIA DE DADOS. MULTA. A legislação prevê aplicação de multa em decorrência de informações divergentes dos documentos fiscais correspondentes aos dados constantes nos arquivos magnéticos, bem como a falta de apresentação desses, após intimação. Multa de 5%, com observância do limite de 1% sobre o valor das operações de saídas realizadas no estabelecimento em cada período. Não foram obedecidas as disposições da OTE-DPF 3005, disponibilizada em 17/08/2005, e sendo o lançamento um ato administrativo vinculado, tal procedimento fiscal, em desacordo com a legislação aplicável, o torna nulo. Infração nula, podendo ser refeita a salvo de falhas e de incorreções. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 18/11/2008, exige ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$ 7.655.576,96 em razão das seguintes irregularidades:

- 1- Deixou de recolher o ICMS devido pelas importações tributadas realizadas pelo estabelecimento. ICMS no valor de R\$2.319.607,12 e multa de 60%.
- 2 - Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. ICMS no valor de R\$ 99.940,71 e multa de 60%.
- 3 – Deixou de fornecer arquivos magnéticos exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas. Multa no valor de R\$5.036.029,13.

Consta nas descrições fáticas:

1 – Referentes à produtos que estão fora do anexo unico da Portaria 895 de 09/07/99 e Portaria 636/2003, para os quais não foram localizados no sistema CPT, processos de pedidos de desoneração do ICMS na importação, em caráter precário. Verificamos que durante o exercício de 2003 e 2004, os produtos constantes no demonstrativo nº 01, tiveram suas importações desoneradas do ICMS, através das Guias para Liberação de Mercadoria Estrangeira (documentos anexos), com a informação que eles faziam parte da portaria 895/99 e 636/2003. Verificamos entretanto que nas citadas portarias não consta nenhum dos produtos do Demonstrativo nº 01: Débito da importação dos exercícios de 2003 e 2004 e para comprovar isto, anexamos na íntegra as citadas portarias a este PAF.

2 – Promoveu a saída de mercadoria para revenda como se fosse produção própria do estabelecimento, ou seja, sem haver um ICMS efetivo, pois na saída de produção própria, todo ICMS destacado é cancelado pelo crédito presumido (Regime Especial de Apuração), conforme Demonstrativos nºs 2 e 3 anexos.

3 – Localizamos diversas inconsistências no arquivo magnético transmitido, referentes aos períodos de janeiro de 2003 a dezembro de 2004, enviados com omissão de dados e divergências de informações, conforme listagens diagnósticos, apresentadas ao contribuinte acostadas às intimações em que relaciona os dados divergentes constantes entre os documentos fiscais e as informação contida no respectivo registro e campo próprio do arquivo magnético para os documentos fiscais correspondentes, além das omissões de informações relativas às operações de entradas e saídas de mercadorias, contrariando a previsão legal contida no Convênio ICMS 57/95 e recepcionada pelo Regulamento do ICMS/97, arts. 683 a 712. Apesar de regularmente intimado, o contribuinte reenviou o arquivo com as mesmas divergências apresentadas anteriormente e outras, o que impossibilitou a aplicação de roteiros de auditoria de levantamento fiscal de estoques, além de prejudicar a realização dos demais procedimentos e roteiros de auditoria necessários para a execução do trabalho programado.

O autuado ingressa com defesa, fls. 3608 a 3634, com os seguintes argumentos:

Inicialmente procede à apresentação da empresa, para em seguida aduzir a decadência do direito de constituir o crédito tributário, relativamente aos fatos geradores de 01/01/2003 a 26/11/2003, nos termos do art. 150, § 4º do CTN.

No mérito, na infração -1 a fiscalização entendeu que os produtos importados em 2003 e 2004, cujas NCMs relaciona a seguir, não constariam da Portaria 895/99 e 636/03, e por tal razão, não estariam desonerados do recolhimento do ICMS:

9009.99.90	9009.99.10	8517.50.10	4010.39.00	8302.10.00	4810.13.90
8483.40.90	8310.00.00	4911.10.90	4911.10.10	4820.90.00	8483.90.00
4910.00.00	8501.31.10	8542.21.92	4010.19.00	8483.50.10	8535.21.00

Contudo não aceita a acusação, e destaca, em primeiro lugar, que é beneficiada por incentivos fiscais estaduais, o Decreto nº 4.316 de 1995, que lhe garante o regime de diferimento para o lançamento e o pagamento de ICMS, relativo ao recebimento do exterior de componentes, partes e peças destinadas à fabricação de produtos de informática, que se encontram relacionados na Portaria expedida pela Secretaria da Fazenda da Bahia.

Assim, as NCMS de produtos, partes, peças e componentes alcançados pelo tratamento tributário do regime de diferimento do Decreto nº 4.316/95, encontravam-se relacionadas na Portaria 895/99, que no momento da fiscalização já se encontrava revogada e substituída pela Portaria 101 de 2 de março de 2005 e alterações, Portarias 575/05, 814/05, 218/06 e 478/07.

Com relação às mercadorias enquadradas no código NCM 9009.99.10 e 9009.99.90, diz que requereu diligencia no Auto de infração nº 117808.0003/07-7 à 4ª Junta a fim de que fosse confirmada a identidade entre as descrições contidas nestas NCMs e aquelas contidas na redação original da Portaria 895/99, sob os códigos 9009.90.10 e 9009.90.90.

Em resposta ao Consef, a GECOT entendeu que as descrições contidas nas NCMS acima podem ser consideraddas correspondentes, visto que se referem a produtos com as mesmas características e funcionalidade. (Doc. 03)

Portanto, restou definido pelo órgão competente que as classificações NCM 9009.99.10 e 9009.99.90 estão sim desoneradas do ICMS devido nas importações de tais produtos.

Já com relação aos produtos classificados na NCM 4911.10.90, 4820.90.00, 4910.00.00, 4010.19.00, 8483.50.10, 4810.13.90, 8483.90.00, 8535.21.00, para o ano de 2004, entende que a autuação é correta, razão pelo qual apresentou à inspetoria fazendária requerimento de utilização de crédito de ICMS existente para pagamento de débito em anexo. (Doc. 04 e 05). Salaria que o ano de 2003 foi abrangido pela decadência.

Por fim, as demais classificações estão enquadradas nas Portarias: 8517.50.10 (Portaria 101/05); 4010.39.00 (Portaria 814/05), 8302.10.00 (Portaria 814/05); 8483.40.90 (Portaria 814/05), 8310.00.00 (Portaria 575/05), 4911.10.10. (Portaria 575/05), 8501.31.10 (Portaria 814/05) e 8542.21.92 (Portaria 101/05). Frisa que nos termos das Portarias, todos os atos relativos à concessão do tratamento tributário previsto no Decreto 4.316/95, realizados em caráter precário antes da vigência dos referidos normativos foram por ela convalidados.

Assim, a conduta da impugnante está totalmente acobertada por situação de retroatividade da lei tributária, prevista no inciso I do art. 106 do CTN que estabelece que a lei aplica-se a ato ou fato pretérito em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa.

Salaria que nos termos do Decreto nº 4.316/95, a importação dos componentes, partes e peças está sujeita ao regime de diferimento, que consoante o RICMS, significa adiar o lançamento e o pagamento do tributo para o momento em que vier a ocorrer determinada operação, prestação ou evento expressamente previsto na legislação (art. 342 RICMS/97).

Observa que a relação de produtos constantes do Demonstrativo nº 01, é de produtos relacionados a matéria-prima, material intermediário, e embalagens, utilizados no processo produtivo.

Conclui que não há que se falar no cometimento da infração pois:

- a) os produtos classificados nas posições NCM 9009.99.10 e 9009.99.90, tiveram confirmada a identidade entre as descrições contidas nestas e aquelas contidas na redação original da Portaria nº 859/99, sob os códigos 9009.90.10 e 9009.90.90 e;
- b) Os produtos classificados nas posições NCM 8517.50.10, 4010.39.00, 8302.10.10, 8483.40.90, 8310.00.00, 4911.10.10, 8501.31.10 e 8542.21.92, foram relacionados na Portaria nº 101/05 e devidas alterações posteriores, e portanto, a eles aplica-se o regime de diferimento previsto no Decreto 4.316/95, nos termos do que determinam os artigos 342 e seguintes do RICMS/97.

Consequentemente, pelos incentivos fiscais previstos no Decreto. 4.316/95, que beneficia o impugnante, o momento do lançamento e pagamento do ICMS referente aos produtos constantes na Portaria 101/05 e alterações, recebidos do exterior, fica diferido para o momento da operação de saída dos produtos decorrentes.

Na infração 2, relata que no demonstrativo 2 do Auto de Infração, a auditora fiscal apresentou relação de notas fiscais de saídas emitidas mensalmente de janeiro/2003 e dezembro/2004, elencando o CFOP, a descrição do produto e o ICMS devido em cada nota fiscal. Nesse contexto entendeu a fiscalização que o impugnante deixou de recolher ICMS sobre todas as saídas descritas no demonstrativo 02, pois teria utilizado o CFOP para vendas de produção própria, que no caso são isentas de ICMS, em operações de revenda, sendo devido, portanto, ICMS nesta operação.

Descreve que utiliza os seguintes CFOPs:

CFOP 6101, 6107, 5101 – venda

CFOP 6102, 6108, 5102 – revenda

CFOP 6152 – transferência de produtos revendidos

CFOP 6151 – transferência de produção/filial

Aduz que da análise da descrição dos produtos é suficiente para se concluir o que se trata de operação própria e o que se trata de revenda.

Todavia, para demonstrar que os produtos se referem a produtos fabricados pela impugnante, junta o mapa mensal de custo (Doc 6), o qual demonstra o custo dos produtos produzidos, cujo ICMS na saída é de 0%, nos termos do Decreto 4.316/95.

Como se vê, as infrações apontadas são decorrentes da não observação, por parte da fiscal, da atividade da empresa, ou seja, não se procurou em qualquer momento da fiscalização investigar a atividade desenvolvida pela empresa e, principalmente, o processo produtivo e os materiais nele utilizados.

Contudo, a impugnante verificou que realmente houve equívoco no preenchimento de algumas notas fiscais, nas quais constaram CFOP de venda quando de fato se trataram de revendas. (doc. 08). Dessa forma, considerando que a impugnante possui créditos acumulados de ICMS, apresentou à inspetoria Fazendária o anexo requerimento de utilização de crédito de ICMS existente para pagamento de débito em anexo (Doc.05).

Na infração 3, nega que tenha deixado de fornecer qualquer documento solicitado, tendo inclusive dispendido enorme número de horas de seus funcionários, com elevado custo para a empresa, a fim de cumprir as diversas intimações, conforme faz prova as inúmeras mensagens eletrônicas trocadas com a fiscalização.

Menciona os artigos 708-A, e 708-B do RICMS/BA, interpretando que a recepção do arquivo magnético pela SEFAZ não caracteriza que o arquivo entregue atende às exigências, especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, sujeitando o contribuinte a correção posterior das inconsistências verificadas. Entende que o contribuinte, mesmo cumprindo com sua obrigação de efetuar os lançamentos fiscais corretamente, não terá a certeza dos procedimentos adotados, até que os arquivos magnéticos sejam definitivamente validados pela Fazenda, em programa próprio para tal. Assim a alegação de inconsistência nos arquivos é irrelevante na análise do presente caso, posto que é prática comum a existência de inconsistências que somente serão sanadas após procedimento fiscal, e foi o que ocorreu nesta fiscalização.

Rebate a acusação de que não teria considerado as listagens Diagnóstico, vez que as inconsistências foram paulatinamente reduzidas, para afinal restar apenas duas – 102 e 114 (Docs. 13 e 14). Todavia nem todas as divergências apontadas pelo fiscal são efetivamente divergências, tampouco omissões, como será demonstrado adiante, razão pela qual não foram sanadas.

Isso porque a fiscal aplicou multa sobre a totalidade das operações de saídas efetuadas pela impugnante, nos anos de 2003 e 2004, e não apenas sobre aquelas em que houve as irregularidades, com base em dispositivo que sequer existia à época da infração, qual seja, o artigo 42, inciso XIII-A, “j” introduzido pela Lei 10.847/07.

Aponta a ausência de omissão/divergência nos documentos fiscais, e selecionou a título exemplificativo algumas séries de notas fiscais apontadas como ausentes pela fiscal, no demonstrativo 114, comprovando a emissão de tais notas (de entrada e saída), bem como seu respectivo registro no livro de Entradas e de Saídas. (docs. 16 a 40).

Aduz que basta uma diligência mais apurada para constatar que o demonstrativo 114 é totalmente improcedente, sendo que não há qualquer omissão de informação quanto às notas fiscais citadas.

Aponta a ausência de dolo, fraude e simulação, além, do que a conduta infratora apontada não implica em falta de recolhimento do imposto. Trata-se de obrigação acessória que deixou de ser

observada, mas nunca com o intuito de sonegar o imposto. Invoca o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade para pedir o cancelamento da multa aplicada, ou ao menos a redução da mesma.

Traz à lume decisões do Poder Judiciário, em que reputa a proporcionalidade como pedra de toque da imposição administrativa de sanções.

Entende que a multa aplicada é inaplicável, ou seja, o fiscal apurou o valor total das operações de entradas e saídas nos anos de 2003 e 2004, aplicando percentual de 1% sobre as saídas, com base no art. 42, inciso XIII-A, “j”, da lei 7.014/96; mas a aplicação desse dispositivo fere os princípios constitucionais da legalidade e da irretroatividade, pois a multa foi acrescentada pela Lei 10.847/07, publicada no DOE de 28/11/07, com efeitos a partir de 28/11/07. Deve prevalecer a regra da irretroatividade porquanto não se trata de norma de caráter interpretativo ou obrigação gerada por infração. (art. 106 do CTN).

Portanto, como se vê, nos anos de 2003 e 2004, objeto da autuação, a multa a ser aplicada estava contida no inciso XIII-A, “f” do art. 42 da lei 7.014/96, com a redação da Lei 8.542/02, posto que as infrações apontadas são justamente omissão de dados nos arquivos magnéticos e informações divergentes.

Assim, ao considerar que as únicas divergências ocorridas são aquelas apresentadas no Demonstrativo 102, a aplicação do percentual de 5% sobre tais operações será inferior ao 1% aplicado sobre todas as saídas ocorridas no período.

Traz trechos do Acórdão JJF 0159-02/06, de 23/05/06, proferido pela 2ª JJF, o qual se aplica perfeitamente ao caso presente. Requer a aplicação do art. 158 do RPAF/99, a fim de que seja cancelada ou reduzida a multa aplicada ao presente auto de infração. Finalmente requer a improcedência do Auto de Infração.

Os autuantes prestam informação fiscal, fls. 3991 a 4004, tecendo os seguintes argumentos:

Quanto à infração 01 afirmam que o contribuinte tem o benefício concedido pelo Decreto 4.316 de junho de 1995, alterado pelos Decretos 6741/97; 7341/98; 7737/99 e 8375/02, que dispõe sobre o lançamento e o 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, e dá outras providências.

Relatam que a Portaria 895, original, publicada no DOE de 10/07/99, fls. 69 a 74, com efeitos a partir de 10/07/99, alterada pela Portaria 636 a partir de 13/11/2003, fls. 75 a 86, vigentes na ocorrência do fato gerador das infrações deste PAF, relaciona os produtos, partes, peças e componentes que serão alcançados pelo diferimento, citados no artigo 1º do Decreto 4316/95.

Ressaltam que o contribuinte reconhece como correta a autuação referentes aos produtos de códigos NCM: 49111090, 48209000, 49100000, 40101900, 48101390, 84839000 e 85352100, tendo encaminhado documento à inspetoria fiscal para pagamento do débito referente ao exercício de 2004. Quanto ao exercício de 2003, alega decadência para constituição do crédito tributário destes mesmos itens, contrariando o previsto no artigo 965, I do RICMS, aprovado pelo Decreto 6284/97. Diante do exposto, solicita a manutenção total da infração nos exercícios de 2003 e 2004.

Salientam que as demais classificações não foram reconhecidas como devidas pelo contribuinte, que são: 90099990, 90099910, 85175010, 40103900, 83021000, 84834090, 83100000, 49111010, 85013110 e 85422192, e que não foram localizadas nas Portarias 895 de 10/07/99 e Portaria 636 de 13/11/2003, a qual era a legislação em vigor nos exercícios de 2003 e 2004.

Afirmam que o fato gerador da autuação são os exercícios de 2003 e 2004, por isso, não pode o contribuinte respaldar-se na legislação em vigor em 2005. Que a Portaria 101 só passou a vigorar em 02 de março de 2005. Que o contribuinte tenta confundir o CONSEF.

Esclarecem que no Demonstrativo nº1, Importações, fls. 12 a 19 deste PAF, encontra-se em branco a descrição do produto código NCM 9009.99.90 e 9009.99.10, porque utilizou para essa planilha informações da Tabela Siscomex- Detalhamento da Importação, originados da Receita Federal, ao qual, o governo do Estado da Bahia tem acesso através de convênio, onde estes NCM citados não estão discriminados.

Alegam que não encontraram nos registros da Secretaria da Fazenda e nem lhe foi apresentado, pelo contribuinte, os pedidos (atos precários) de inclusão destes novos produtos NCM: 90099990, 90099910, 85175010, 40103900, 83021000, 84834090, 83100000, 49111010, 85013110 e 85422192 na Portaria 895/99 e na Portaria 636/03 de concessão de diferimento para os mesmos, contrariando, assim o disposto no artigo 2º da portaria 895/99.

Para comprovar o alegado, anexam o demonstrativo de pedidos encaminhados à Secretaria da Fazenda, (CPT) nos exercícios de 1999 à 2007, fls. 160 a 180, onde não localizou nenhum pedido, por isso é que foi lavrado o presente auto de infração.

Esclarecem que no procedimento de liberação de entrada de mercadoria estrangeira é emitida uma Guia para Liberação de Mercadoria Estrangeira Sem Comprovação do Recolhimento do ICMS, constantes neste processo das fls. 181 a 2115, emitida neste caso em caráter provisório, normalmente, em função da urgência em liberar as mercadorias nos aeroportos brasileiros, em função do tipo de produto ou do alto custo de armazenagem.

Após a liberação da mercadoria a empresa teria que apresentar a documentação com o pedido para inclusão daquele produto, na portaria 895/99, para usufruir do benefício do decreto 4316/95, e no caso de ter seu pedido indeferido, recolher o ICMS devido na importação.

Verificaram que em todas as Guias de Liberação de Mercadoria Estrangeira Sem Comprovação do Recolhimento do ICMS, constantes neste processo, no campo 4.4 (fundamentação legal) consta que a importação estava amparada pela portaria 895/99, informação esta incorreta porque nos exercícios de 2003 e 2004, os produtos de NCM 90099990, 90099910, 85175010, 40103900, 83021000, 84834090, 83100000, 49111010, 85013110 e 85422192, objetos da presente autuação, não constavam na citada portaria, conforme fls. 69 a 86 deste PAF.

Conforme o previsto na Portaria 895/99 e na Portaria 636/2003, para haver a convalidação de atos precários é necessário um pedido através de processo, o que não aconteceu nos exercícios de 2003 e 2004, conforme exposto e disposto nos demonstrativos CPT, fls. 160 a 180 deste PAF.

Aduzem que o momento para o lançamento e pagamento do ICMS, conforme os termos do artigo 572 do RICMS/97 acontece no momento do desembaraço da mercadoria, desde quando estes produtos não estavam inclusos no benefício concedido pelo Decreto 4316/95, nos exercícios de 2003 e 2004.

Confirmam que o enquadramento da infração está correto assim como a multa aplicada.

Ademais, com o objetivo de esclarecer melhor a questão fizeram uma consulta à GECOT-DITRI, para saber se para os produtos com códigos 90099910, 74153300, 85175010, 49111010, 85175010, 90099990, 83100000, 48190000, 85078000 existia algum processo ou pedido formal, de inclusão no benefício concedido pelo Decreto 4316/95 que o autuado não tivesse conhecimento. A gerente Sandra Urânia Silva Andrade (fls. 4005 e 4006) respondeu que “tendo em vista a portaria 814 de 27 de dezembro de 2005, informo que embora tenha havido a inserção do referido produto na portaria nº 101 através da referida portaria 814, com convalidação dos atos precários de desoneração – vide artigo 3º -, não houve solicitação por parte da empresa de liberação em caráter precário do produto em referência, no período citado por vocês, conforme consulta ao sistema CPT. Neste sentido, inaplicável a regra da convalidação nela citada”.

Conforme fls. 101 intimaram o autuado para apresentar o atos precários ou processos de concessão de tratamento tributário previsto no decreto 4316 de 19/06/95. No dia 29/04/2008 o intimaram novamente para apresentar os atos precários e que o autuado deu entrada em

documento SIPRO 063442/2008-5 na Secretaria da Fazenda, alegando “informar que os atos precários, bem como os processos de concessão de tratamento tributário previsto no Decreto 4316/95 (que concede diferimento de lançamento e pagamento de ICMS no recebimento de componentes, partes e peças advindos do exterior) encontram-se arquivados na Diretoria de Tributação – DITRI desta Secretaria da Fazenda, fls. 4007 à 4027.

Sugeriram à supervisão da IFEP Indústria que o processo 063442/2008-5 fosse encaminhado à DITRI para que fossem juntados todos os processos ou os seus pareceres finais, de inclusão de novos produtos para concessão de diferimento previsto no Decreto 4316/95, nos exercícios de 2002, 2003 e 2004, pelo fato de o contribuinte alegar que os atos precários solicitados encontram-se arquivados na Diretoria de Tributação da Secretaria da Fazenda.

Em 30/05/2008 reiteraram o pedido à DITRI e que em 16/06/2008 a auditora Sonia Maria Afonso Lima da Silva através do Parecer 10405/2008 indeferiu a solicitação em face de sua inépcia. Após esse parecer o processo Sipro, com 16 páginas desapareceu, passando a existir somente no sistema eletrônico.

Em 16/07/2008 solicitaram que a DITRI juntasse os atos precários, alegados pelo contribuinte, que se encontravam arquivados naquela diretoria e devolvesse o processo Sipro 063442/2008-5.

Relatam que em 30/07/2008, Sandra Urânia Silva Andrade responde à solicitação informando que “o sistema Controle de Processos Tributários – CPT – é um sistema que permite pesquisas pelo público interno da Sefaz, cabendo ao agente fiscal efetuar diretamente tal verificação, tendo como objetivo, subsidiar a fiscalização”.

Já tinham verificado que não há nenhum processo de pedido de desoneração de ICMS na importação nos exercícios de 2003 e 2004 no sistema CPT, mas que com o objetivo de não cercear o direito de defesa do contribuinte é que sugeriram o encaminhamento do processo a DITRI.

Afirmam que o contribuinte anexou a este PAF resposta da Diligência solicitada pela 4ª JJF na qual a auditora fiscal Cristiane de Sena Cova tenta enquadrar o produto NCM 90099910, como se fosse o 90099010 (este constante na portaria 895, mas não foi objeto da presente autuação) e o produto NCM 90099990 como se fosse o 90099090 (este constante na portaria 895, mas não foi objeto da presente autuação).

Informam ter verificado, ao manusear todas as DI, as quais encontram-se anexas a este PAF, que no item NCM 90099990, 90% do total da importação corresponde a cartucho de tonner, mercadoria esta importada com a destinação de manutenção das copiadoras importadas pelo contribuinte para atividade de venda para leasing, o mesmo acontecendo com o produto código NCM 90099010 com a mesma destinação. Que se a auditora fiscal Cristiane de Sena Cova tivesse oportunidade de manusear as DI comprovaria que o material em questão são 90 % cartuchos de tonner e cilindros, produtos estes destinados a reposição da atividade de leasing, conforme fls. 181 a 2115 deste PAF.

Alegam que durante a fiscalização, verificaram que nos processos de importação que constam o produto código NCM 90099990 – cartucho de tonner para máquina fotocopadora eletrostática, adquirido para revenda, a mercadoria entra no Estado de São Paulo e de lá é distribuído para seus consumidores do sul e sudeste do país, comprovando que na verdade o benefício do diferimento do pagamento do ICMS na entrada de mercadorias do exterior é concedido pelo estado da Bahia mas a mercadoria sequer transita pelo nosso Estado.

Solicitam que a infração 1 seja mantida integralmente.

Quanto à infração 2, ressaltam que a Semp Toshiba Informática pratica duas atividades distintas: revenda de mercadorias adquiridas no exterior com redução de base de cálculo de forma que alíquota se reduza a 3,5 % e montagem com redução de base de cálculo de forma que alíquota se reduza a zero.

Apontam que no demonstrativo anexo, fls. 3651 a 3740, documento nº 6 da defesa, o contribuinte junta um documento que denominou de “custo”, no qual se verifica que só tem dados do inventário das mercadorias do exercício de 2004. Este mesmo demonstrativo e o referente ao exercício de 2003 foi utilizado, pelo autuado, para a confecção de Demonstrativo nº 02 (fls. 20 a 30): Revenda como se fosse produção própria do estabelecimento de 2003 e Demonstrativo nº 03 (fls. 31 a 66): Revenda como se fosse produção própria do estabelecimento de 2004.

Afirmam que todas as mercadorias constantes nos Demonstrativos nºs 2 e 3 foram adquiridas para revenda, conforme se pode observar claramente na discriminação do produto, como por exemplo, memória RAM, cabo, HD. Tais produtos foram adquiridos para revenda, conforme documentos apresentados pela empresa no Demonstrativo anexo, fls. 3651 a 3740, mas nas notas fiscais de saídas constam estes produtos com CFOPs de produção própria.

Que a concessão do diferimento do ICMS com redução de base de cálculo, de forma que a alíquota se reduza a zero é somente para atividade de produção. Os produtos adquiridos para revenda deverão ser tributados com redução de base de cálculo, de forma que a alíquota se reduza a 3,5 %, o que foi motivo desta autuação.

Realizaram uma visita ao autuado para conhecer o processo de montagem, que constam atualmente de 2 esteiras rolantes, ao lado da qual ficam os funcionários soldando as peças nas torres e nos notebooks. Na sala de testes verificou que há uma sala com diversos ventiladores grandes onde os equipamentos ficam ligados 24 horas para testes.

Solicitam que a infração 02 seja mantida integralmente e anexam ao PAF cópia do acórdão JJF nº 0277-04/08, com a mesma infração julgado totalmente procedente pela 4ª JJF deste Consef.

Quanto à infração 3, está devidamente caracterizada, sendo possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, tudo conforme as intimações acompanhadas dos demonstrativos das inconsistências anexas, Termo de Prorrogação e Relatório do SVAM Sistema de Validação do Arquivo Magnético, que resultou na apuração da base de cálculo conforme demonstrativo anexo e previsão legal contida no art. 608 e 708-B do RICMS/97.

Apesar de intimado em 16/02/2007, reintimado em 16/03/2007, juntamente com os relatórios das inconsistências encontradas, o contribuinte afirmou ter retificado seus arquivos tendo reenviado para o sistema SCAM. Constataram que os arquivos enviados continuavam com as mesmas inconsistências e até outras que não apresentava antes. Em 28/02/2008, reitiram o contribuinte, fls. 90 e 91, juntamente com os relatórios:

102 – demonstrativo Analítico das diferenças apuradas em notas fiscais (reg. 50 X reg. 54).

109 – Notas Fiscais com itens com valor do produto igual a zero.

114 – Notas Fiscais de saídas ausentes no Registro 50.

Para justificar as notas fiscais de saídas ausentes do exercício de 2003, o contribuinte apresentou notas fiscais de saídas dos exercícios de 2001, 2002 e 2003, anexas, fls. 2173 a 2289 do presente PAF. Quanto ao exercício de 2004, apresentou notas fiscais de 2000, 2002 e 2003, anexo, fls. 2290 a 2377. Verificaram que no mês de maio de 2003 não consta nenhuma nota fiscal de saída como se pode verificar no relatório 601, notas fiscais no mês e CFOP 50 – sintético, fls. 2145 e 2146.

Para justificar as inconsistências encontradas no relatório 102, nos exercícios de 2003 e 2004, apresentou cópias de todas as notas fiscais constantes no relatório com a justificativa de que as diferenças são devidas a erros de lançamento em alguns campos na digitação dos dados das notas fiscais para o arquivo magnético, conforme fls. 2378 a 3431 do PAF.

Ressaltam que a infração ocorreu devido às inconsistências nos arquivos magnéticos nos exercícios de 2003 e de 2004, e o contribuinte tenta desvalorizar o programa validador Sintegra, citando na fl. 3623, que “o programa validador Sintegra não valida efetivamente os lançamentos efetuados”. Os arquivos magnéticos recepcionados pelo sistema Sintegra seguem orientação do

Manual de Orientação do Convênio 57/95, em vigor que visa a orientar a execução dos serviços destinados à emissão de documentos e escrituração de livros fiscais e a manutenção de informações em meio magnético, por contribuintes do IPI e do ICMS, usuário do sistema eletrônico de processamento de dados e encontra-se no site da SEFAZ à disposição dos contribuintes.

Quando constaram as inconsistências existentes nos arquivos magnéticos, entregaram ao contribuinte os relatórios das mesmas, conforme o Manual de Orientação, dando-lhe o prazo de 16/03/2007 a 28/02/2008, quando o mesmo poderia ter retificado, mais uma vez, os arquivos magnéticos, mas não o fez. Este fato impediu a realização da Auditoria de Estoques, além de prejudicar a realização dos demais procedimentos e roteiros de auditoria necessários para a execução do trabalho programado, em virtude do grande volume de documentos e de itens decorrentes das operações de entrada e saídas de produção e revenda de artigos de informática realizadas pelo contribuinte.

Apontam diversos Acordãos do CONSEF, contrários ao pedido de redução e cancelamento da multa. Informam que o contribuinte ingressou com pedido para manter seu talonário de notas fiscais e para emití-lo em sua filial em São Paulo, alegando que este era seu procedimento normal. Neste caso, intimaram-no para que justificasse a emissão de nota fiscal de entrada e de saída fora do seu estabelecimento, mas não houve resposta, quando então emitiram a informação fiscal sugerindo o indeferimento do pedido, o que foi aceito, conforme Parecer GECOT/DITRI.

Assim, não vêem necessidade de realização de diligência, pois a fiscalização foi feita de forma criteriosa, juntaram ao PAF cópia de toda a documentação necessária para comprovar todas as infrações, e o autuado reconhece que as divergências encontradas realmente existem. Requerem a manutenção integral da autuação.

A empresa autuada manifesta-se fls. 4078 a 4086, e reafirma a decadência para o lançamento referente ao exercício de 2003. Quanto à infração 01, aduz que possui reconhecimento expresso da GECOT, juntado aos autos, no sentido de considerar idênticas àquelas previstas na Portaria 895/99, sob os códigos 9009.90.10 e 9009.90.90, bem como desonerando-os do ICMS devido nas importações.

Quanto às demais NCMs, indaga o que seriam estes “atos realizados em caráter precário”, as fiscais mencionam apenas que seria necessário um pedido através de processo, para haver tal convalidação dos atos precários. De que pedido se trata? Onde está previsto? Qual o procedimento e sua previsão?

Outrossim, as classificações apontadas estão enquadradas nas Portarias mencionadas na sua defesa, e neste sentido o art. 4º da Portaria nº 101/05 e seguintes estabelecem que todos os atos relativos à concessão de tratamento tributário previsto no Decreto nº 4.316/95, realizados em caráter precário antes da vigência destes normativos, foram por ela convalidados. Ou seja, se o ato foi realizado em caráter precário e tem sua previsão nestas Portarias, será por elas convalidado! E foi nesse sentido que a impugnante interpretou a norma, pois o art. 106, do CTN é claro, ao determinar que a lei aplica-se a ato ou fato pretérito em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa.

Com a edição das respectivas Portarias houve a convalidação dos atos praticados em caráter precário. Ademais estaria tão somente cumprindo as normas vigentes, baseada no entendimento da própria DITRI.

Com relação à infração 2, aduz que a fiscalização sequer se deu ao trabalho de analisar os produtos incluídos no PPB, os quais são fabricados pela impugnante e destinados a venda. Interessante refletir em como as fiscais chegaram à conclusão de que todas as unidades de processamento para micros foram adquiridos para revenda, se todos os computadores vendidos pela impugnante são montados na fábrica.

Com relação ao livro de controle de produção, o relatório de custos apresentado e anexado aos presentes autos reproduz exatamente as informações exigidas no livro de Controle de Produção e Estoques, qual seja o saldo inicial, as movimentações do mês e o saldo final, discriminando todos os itens. Aduz que sem comprovação, apenas por opiniões particulares, acerca das instalações da fábrica, caracterizaram os produtos como revendas, quando na verdade se tratam de produtos fabricados pela impugnante. A impugnante de boa-fé, e reconhecendo sua falha, apresentou no documento 08, a lista de produtos incorretamente classificados como “venda”, quando de fato se tratam de produtos para “revenda”, assumindo a responsabilidade pelo ICMS devido. Todavia os demais produtos são de fabricação própria, comprovados pelo mapa de custo e PPB aprovado para fabricação destes produtos, devendo ser afastada qualquer exigência pretendida pela fiscalização.

No que concerne à infração 03, conforme atestam os Documentos 13 e 14, juntados aos autos, a impugnante efetuou retificações, tanto é que na primeira listagem foram apontadas inconsistências, os Demonstrativos 102, 107, 108, 109 e 114. Já na segunda listagem as inconsistências foram reduzidas apenas aos Demonstrativos 102 e 114, os quais foram mantidos por entender a impugnante que estavam corretos. Ainda quanto ao Demonstrativo 114, o mesmo apresenta relação de notas fiscais de saída não localizadas no Registro 50, por série e modelo, não emitidas como Notas de Entradas ou canceladas. Ou seja, a apresentação da relação de notas fiscais de saídas “supostamente ausentes”, as fiscais fizeram crer que a impugnante teria omitido informações.

Aponta que foram analisadas tão somente o arquivo magnético de registro de saídas, e neste, verificaram a ausência de notas fiscais, as quais foram lançadas no auto de infração como “ausentes”.

Ocorre que, conforme já comprovado pelo impugnante, esta utiliza o mesmo talonário para as entradas e saídas. Significa dizer que numa sequência numérica de notas fiscais, há tanto notas fiscais de entrada quanto há notas fiscais de saídas, as quais obviamente, estarão registradas em seus respectivos livros, além disso, há as notas fiscais que foram canceladas e desconsideradas na análise da fiscalização. Obviamente que as alegadas notas fiscais ausentes estão no arquivo magnético de registro de notas fiscais de entradas e canceladas. Sendo assim aduz que as fiscais cometeram um enorme erro ao apontar a ausência de tais notas em seus relatório, pois verifica-se da análise dos livros fiscais que as notas fiscais foram devidamente registradas em seus respectivos livros. Como prova da verdade irrefutável dos fatos, a impugnante selecionou a título exemplificativo, algumas séries de notas fiscais apontadas como ausentes pela fiscal no demonstrativo 114, comprovando a emissão de tais notas fiscais (de entrada e saída), bem como seu respectivo registro no livro de Entradas e de Saídas.

Além disso, a análise dos livros fiscais serve para comprovar que as fiscais tomaram como base para análise das notas fiscais e seus registros nos respectivos livros, o período mensal. Todavia, algumas notas de saída são emitidas quando efetuado o pedido correspondente e somente são registradas quando da efetiva saída/circulação do estabelecimento, momento no qual se dá a incidência do imposto, razão pela qual, ao se analisar somente determinado mês, muitas notas estarão ausentes, pois foram registradas no mês em que se deu a saída. Verifica-se da análise dos livros fiscais, que as notas fiscais foram devidamente registradas em seus respectivos livros.

Quanto à multa nos anos de 2003 e 2004, objeto do Auto de Infração, a multa a ser aplicada era aquela contida no alínea “f” do inciso XIII-A do art. 42, da Lei 7.014/96, com a redação da Lei 8.542/02, posto que as infrações apontadas pela fiscal são justamente: omissão de dados nos arquivos magnéticos e informações divergentes. Neste sentido, há decisões proferidas como no Acórdão nº 0159-02/06, da 2ª JF, que anexa. Reitera o pedido de improcedência do lançamento efetuado e de todo o Auto de Infração.

Nas fls. 4105/4110, consta relatório de pagamento do PAF conforme Certificado de Crédito no valor de R\$149.428,95.

Nas fls. 4114/4115, a relatora converteu o PAF em diligência à ASTEC, para que o auditor estranho ao feito procedesse, quanto à infração 2, o seguinte:

- 1) Intimar a empresa a apresentar documentos relacionados à sua linha de produção, observando as notas fiscais de aquisições das unidades digitais, relacionando-as com as linhas de montagens ou industrialização, além de promover o cotejo com as notas fiscais de saídas. Outrossim, pede-se que seja verificado se há prova documental das aquisições de desktops e notebooks que foram destinados à revenda;*
- 2) Verificar, se necessário, no livro Registro de Controle da Produção e Estoque, se os lançamentos estão compatíveis com a linha de produção própria do estabelecimento;*
- 3) Caso haja a comprovação de que não houve aquisições destes produtos para revenda (Unidades Digitais, tais como notebooks e desktops), pede-se que sejam excluídos dos demonstrativos originais, de fls. 20B a 66B, que integram a infração 2, e que sejam elaborados novos demonstrativos, inclusive o de débito.*

Com relação à infração 3, no qual houve inconsistências na 1ª listagem e que o contribuinte rebate alegando que as quantidades apontadas nos Demonstrativos nºs 102, 107, 108, 109 e 114 não estão equivalentes. Já na segunda listagem, alega que foram sanadas as inconsistências (Doc. 11 e 12) e, se comparadas, afirma que serão reduzidas apenas 02 Demonstrativos (102 e 114 – Docs. 13 e 14); 102 (Registro 50 x 54), e 114 (Notas Fiscais de Saídas Ausentes no Registro 50). Diante disto, pede-se que o diligente proceda ao seguinte:

- 1) verifique em que monta as inconsistências detectadas nos arquivos magnéticos impediram a realização de roteiros de Auditoria, e quais os roteiros que foram prejudicados;*
- 2) Por último seja o contribuinte cientificado do resultado da diligência, ocasião em que deverá ser-lhe entregue cópia dos demonstrativos, concedendo-lhe o prazo de 10 dias para se possa manifestar;*
- 3) Também os autuantes devem ser cientificados do resultado da diligência, e da manifestação do sujeito passivo, para que prestem a informação fiscal.*

No cumprimento da diligência, fls. 4118/4125, o diligente João Vicente Costa Neto, constatou que os elementos integrantes do presente processo, não permitia com segurança, em relação à Infração 2, opinar se as mercadorias relacionadas com as operações de vendas efetuadas ora pelo autuado estariam compatíveis com a sua linha de produção própria e assim poder se manifestar sobre as inquirições.

Relata que realizou uma visita técnica aos estabelecimentos da autuada no dia 27/07/2011, em sua unidade fabril, com presença de um técnico que pudesse apresentar de forma didática e objetiva o processo de fabricação/montagem da empresa autuada, conforme termo de intimação as fls. 4126-4127. Os resultados da visita são apresentados a seguir com a disposição gráfica do fluxo do processo produtivo (em anexo, fl. 4120), fotos e alguns comentários.

Pontua que percorreu as instalações do autuado e pôde perceber todo o fluxo, com clareza e objetividade. Essa percepção é destacada a seguir com fotos ilustrativas do resultado da visita técnica acompanhada dos representantes legais da empresa o Sr. Vladimir, Contador responsável pela organização contábil; o Sr. Fernando, técnico responsável pelo processo fabril, e Sra Priscilla Advogada legalmente constituída.

Esclarece que as fotos, devidamente identificadas, atestam claramente o processo fabril, tendo resultado na visita técnica que é o produto final da unidade fabril estabelecida na RDV BR324, Águas Claras, Salvador, Bahia, é efetivamente Unidades Digitais: NOTEBOOKS e DESKTOPS. Esses produtos são identificados nas Notas Fiscais de Saídas, no campo “Descrição do Produto”, quando das operações de vendas realizadas pela autuada, por “MIC. PORTÁTIL...”; “NOTEBOOK...”; “UNI. DIG. DE PROC...”, todos complementados com referências, conforme sua composição técnica de produção/montagem.

Assevera que todas as operações de vendas de mercadorias relacionadas no Demonstrativo de fls. 20B a 66B, acostado aos autos pelas Fiscais Autuantes, que integram a Infração 2, onde não contam as descrições destacadas no parágrafo anterior, **são efetivamente**, operações de revenda de mercadoria.

Afirma que na realidade, o autuado, em sua Manifestação de Defesa (fls.3621), já admite o cometimento do erro no preenchimento de algumas notas fiscais de operações de vendas realizadas no exercício de 2004, nas quais constava o CFOP de **Venda de Produção Própria**, quando na verdade se tratavam de **Revenda de Mercadorias Adquiridas de Terceiros**, conforme Demonstrativo/DOC-08 (fls.3743-3753).

Explica que o Demonstrativo/DOC-08, anexado pelo autuado, conforme acima destacado, apenas relaciona mercadorias do tipo operações de revenda de mercadorias no exercício de 2004, porém não relaciona as operações de revenda de mercadorias ocorridas no exercício de 2003, período, também, integrante da Infração 2. Solicitou, então, da autuada, quando da realização da presente diligência, um Demonstrativo, em meio magnético, que relacionasse as Operações por Revenda de Mercadorias Adquiridas de Terceiros no exercício de 2003, o que de pronto foi atendido. Assim, de posse desses elementos, **reconstituiu o Demonstrativo de Revenda de Mercadoria como se fosse Operações Própria do Estabelecimento** (fls.20B a 66B), relativo a Infração 2 elaborado pelas Fiscais Autuantes, *agora expurgando todas as Notas Fiscais de Vendas com a Descrição do Produto, que se iniciam com os termos: “MIC. PORTÁTIL...”; “NOTEBOOK...”; “UNI. DIG. DE PROC...”*, por se referir efetivamente a Operações de Vendas de Produção Própria do sujeito passivo, conforme descrito.

Traz o Demonstrativo de Revenda de Mercadoria como se fosse Operação Própria do Estabelecimento reconstituído, acostado aos autos às fls. 4137 a 4188, exercício 2003 e 2004, cujo ICMS perfaz o total de R\$164.119,67.

Em relação à infração 3, buscou junto à base de dados da SEFAZ, informações sobre transmissão eletrônica dos Arquivos SINTEGRA pelo autuado. Essas informações são apresentadas no relatório acostados aos autos às fls.4128-4135.

Observou a ocorrência de transmissão de dados fiscais para SEFAZ de todos os meses a que se relaciona o auto de infração objeto dessa Diligência Fiscal. Esses dados são os registros R50-*Dados da Nota Fiscal*; R54-*Item de mercadoria da Nota Fiscal* e R75-*Descrição de Mercadoria*. Outros registros de informações obrigatórias no Arquivo SINTEGRA, como R74-*Registro de Inventário*, não foi observado sua transmissão pelo relatório citado.

Registra que os roteiros destacados na Ordem de Serviço nº 500270/08 (fls.4136-4137), objeto da ação fiscal, que originou o presente Auto de Infração são: AUDIC-301 Auditoria Fiscal Contábil do Conta Corrente; AUDIC-303 Auditoria das Contas do Ativo; AUDIC-304 Auditoria das Contas do Passivo; AUDIF-202 Auditoria em Documentos e Lançamentos Fiscais; AUDIF-203 Auditoria das Operações Mercantis ou da Produção Industrial; AUDIF-204 Auditoria do Crédito Fiscal do ICMS; AUDIF-207 Auditoria de Estoque; AUDIF-220 Auditoria de Impostações; AUDIF-222 Auditoria de Saída de Mercadorias para Zona Franca de Manaus; AUDIF-237 Auditoria de Regime Especial Concedido pelo Fisco; AUDIF-239 Auditoria de Situação Cadastral do Contribuinte e AUDIF-241 Auditoria dos Documentos de Informações Econômico-Fiscais.

Assim, quanto à solicitação de verificar em que monta as inconsistências detectadas nos arquivos magnéticos impediram a realização de roteiros de Auditoria, e quais os roteiros que foram prejudicados; deixou de emitir opinião por entender ser questão de mérito e, portanto, fora do espoco dessa diligência fiscal.

Diante dos fatos e após a elaboração do novo **Demonstrativo de Revenda de Mercadoria como se fosse Operação Própria do Estabelecimento (fls.4137-4188)**, excluindo, **da Coluna ICMS a Recolher Devido**, os valores referentes às vendas de mercadorias decorrentes de produção própria do estabelecimento, quais sejam: Unidades Digitais NOTEBOOKS e DESKTOPS, apurou-se o valor de R\$164.119,67 para a Infração 2, conforme demonstrativo de débito destacado no corpo deste relatório. Quanto a multa aplicada por descumprimento de obrigação acessória, no valor total de R\$7.655.576,96, lavrada através da Infração 3, deixou de se manifestar por entender ser questão de mérito.

Após ser cientificada do resultado da diligência, a sociedade empresária manifesta-se fls. 4193/4204, de logo, passa a analisar, em relação às infrações 2 e 3.

Na infração 2, afirma que diversamente do que alega a confusa fiscalização, restou amplamente comprovado pela diligência *in loco* do Sr. Auditor Fiscal, que as mercadorias relacionadas com as operações de venda pela Autuada são compatíveis com a sua linha de produção própria. Reproduz parte da diligência.

Assim, sustenta que não pairam quaisquer dúvidas que todas as unidades digitais de processamento, tais como notebooks e desktops, objetos da autuação, são produtos industrializados no parque industrial da Impugnante e fazem parte da produção do próprio estabelecimento, razão pela qual não há o que se falar em exigência de tributo, em virtude dos incentivos fiscais que a Impugnante faz jus.

Chama a atenção acerca da fragilidade dos argumentos das Sras. Fiscais, que ao menos tiveram o trabalho de certificar se realmente era revenda ou produção própria do estabelecimento comercial da Impugnante, ao invés disso, presumiram um fato que a nova diligência fiscal comprovou que não aconteceu.

Menciona que a fiscalização, em sua manifestação às fls. 3991/4004, considerou que “*os equipamentos que passam no controle de qualidade são embalados para ir para o setor de estoque de mercadorias, o qual fica num galpão todo construído em lona, o qual a nosso entender constitui uma linha de montagem de características rudimentares*”. E chega até ser desconfortável os argumentos articulados pela fiscalização, que considerou o processo de montagem **antigo e ultrapassado**, porém restou totalmente rechaçado pelo relatório do Sr. Auditor Fiscal estranho ao feito.

Acrescenta que a Administração Pública não pode constituir um crédito tributário por meras presunções, sem a prova da ocorrência do fato gerador, como tenta fazer as Sras. Fiscais no presente caso, sob pena de ferir a segurança jurídica e os mais simples ditames constitucionais, o que amplamente afastado em nosso Poder Judiciário, circunstância que deve ser sopesada quando do julgamento do presente processo.

Volta a tecer argumentos quanto ao direito de constituir o crédito tributário, preliminar de decadência em relação ao exercício de 2003 e reproduz os argumentos do diligente da ASTEC.

Assevera que não adentrou ao mérito das operações anteriores a 26/11/2003 (data da intimação do presente Auto de Infração), uma vez que o direito de o Fisco constituir o crédito tributário já decaiu, conforme estabelece o art. 150, parágrafo 4º, do Código Tributário Nacional. Nesse contexto, todos os lançamentos efetuados pela fiscalização, relativos ao período de cinco anos anteriores à lavratura do presente Auto de Infração estão sujeitos à decadência e, dessa forma, devem ser anulados de plano.

Na infração 3, inicialmente, enaltece a incongruência em todos os argumentos lançados pelas Sras. Fiscais, desmentidos pela Impugnante e comprovados por meio de diligência fiscal procedida pela ASTEC. Nesse passo, como se podem valorar os argumentos de uma fiscalização assim que, inclusive, chegou ao absurdo de considerar a linha de montagem da Impugnante rudimentar?!

Por outro lado, considerando que o Sr. Auditor Fiscal deixou de emitir opinião sobre a infração de nº 3, já que entendeu tratar-se de matéria de mérito e, por conseguinte, transcende o objeto da diligência fiscal, cumpre à Impugnante algumas considerações pertinentes para o deslinde da causa.

Observa que na autuação, as Sras. Fiscais afirmam na autuação de nº 3 que foram localizadas diversas inconsistências no arquivo magnético transmitido, referentes ao período de janeiro de 2003 a dezembro de 2004, enviados com omissão de dados e divergências de informações, contrariando a previsão legal contida no Convênio ICMS 57/95 e recepcionada pelo regulamento do

ICMS/97, em seus arts. 683 a 712. Aduz que apesar de intimado, o contribuinte reenviou os arquivos com as mesmas divergências apresentadas anteriormente e outras. Por fim, afirma que isso impossibilitou a aplicação dos roteiros de auditoria de levantamento fiscais de estoques, além de prejudicar a realização dos demais procedimentos e roteiros de auditoria necessários para a execução do trabalho programado.

Pontua que a simples leitura do auto de infração, insurgem inúmeras indagações, tais como, quais são as inconsistências apresentadas pelos arquivos magnéticos?? Se existiram, em qual medida as inconsistências prejudicaram o trabalho de auditoria programado pela fiscalização?? Quais foram às outras inconsistências apresentadas na ocasião em que o contribuinte reenviou os arquivos magnéticos??

Diz aos Nobres Julgadores, da mesma forma que as alegações da fiscalização quanto a infração 2 caíram por terra, conforme a nova diligência realizada pelo Sr. Auditor Fiscal comprovou, a infração de nº 3 também percorre o mesmo caminho.

Destaca que o primeiro aspecto a ser observado quanto à infração 3, reside na questão acerca da ausência de subsunção do fato à norma, requisito essencial para a legalidade da exigência que, diante do fato gerador da obrigação tributária, deve a Fiscalização aplicar o dispositivo pertinente à infração cometida, o que definitivamente não aconteceu no caso em debate.

Assim, o Auditor Fiscal deve ser cauteloso ao descrever o fato infringido, de modo a ser claro, objetivo e preciso, descrevendo o fato sem muitas digressões, para não deixar lacunas a serem contestadas.

Verifica que no texto do auto de infração em questão, que se trata de um descumprimento de uma obrigação acessória, todavia, descrito de forma extremamente imprecisa, o que dificulta a compreensão pelo contribuinte sobre qual dado deixou de ser lançado, se a omissão se deu em relação às entradas, saídas ou qualquer outra, já que não se vislumbra que houve falta de recolhimento de tributo.

Além disso, salienta que em hipótese alguma pode desconsiderar a boa-fé objetiva da Impugnante, que apresentou toda a documentação necessária para a realização dos procedimentos fiscais, tendo, inclusive, despendido enorme número de horas de seus funcionários, com elevado custo para a empresa, a fim de cumprir as diversas intimações apresentadas pelas Sras. Fiscais, conforme faz prova as inúmeras mensagens eletrônicas trocadas entre a Fiscal e a Autuada, bem como respostas às intimações apresentadas (doc. 09 acostado à Impugnação). No entanto, da forma que está descrita a infração 3, parece que a Impugnante teve uma conduta visando unicamente obstar o trabalho de auditoria da fiscalização, o que jamais aconteceu.

Relata que a afirmação de que mesmo após a intimação, as inconsistências apontadas foram mantidas nos arquivos magnéticos é totalmente inverídica, consoante atestam os documentos 13 e 14 acostados na Impugnação e esclarece que isso, por si só, demonstra toda a improcedências das infundadas justificações das Sras. Fiscais, revelando a contradição das alegações com os fatos apresentados. E mais, os fatos acima narrados e comprovados pela diligência da ASTEC os levam a crer que a fiscalização tenta alterar a verdade dos fatos, o que não se pode admitir, por ser tratar de um ato da Administração Pública, regidas por inúmeros princípios que, dentre eles, citamos a moralidade e imparcialidade.

No que tange o aspecto legal da suposta infração 3, a Fiscalização enquadrrou a conduta da Impugnante com base no regulamento do ICMS, entretanto, o seu art. 708-A é claro ao determinar que os arquivos magnéticos serão enviados pelo contribuinte *“através do programa Validador/SINTEGRA, que disponibilizará para impressão o Recibo de Entrega de Arquivo, cancelado eletronicamente após a transmissão, ou na repartição fazendária”* e que *“a recepção do arquivo pela SEFAZ não caracteriza que o arquivo entregue atende às exigências,*

especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, sujeitando o contribuinte a correção posterior das inconsistências verificadas”.

Conclui que, em que pese o cumprimento da obrigação acessória, ainda assim o contribuinte não tem a certeza que os procedimentos adotados até o momento em que os arquivos sejam definitivamente validados pela Fazenda por meio do programa validados denominado SINTEGRA. Ou seja, **a alegação da existência de inconsistências nos arquivos é irrelevante na análise do presente caso**, uma vez que é comum a existência de inconsistências que somente serão sanadas após procedimento fiscal, o que ocorreu no presente caso.

Urge também ressaltar a improcedência da aplicação dos arts. 686 e 708-B do RICMS/BA, pois a Impugnante jamais se insurgiu contra as notificações exigindo a apresentação de qualquer documento ou dos arquivos magnéticos, muito pelo contrário, sempre forneceu todas as informações e arquivos solicitados pelo Fisco, conforme faz prova os protocolos juntados na Impugnação.

Portanto, além de ser desproporcional a multa aplicada pelas Sras. Fiscais, restou patente nas considerações tecidas sobre a importância da descrição do fato infringente quando da lavratura do libelo basilar, posto que a descrição incorreta ou incompleta do fato infringente caracteriza o vício formal - O QUE ACONTECEU NO PRESENTE CASO, ensejando desde já a nulidade processual.

De qualquer sorte, caso não se conheça nesse primeiro momento a nulidade formal, o que até por hipótese causa arrepio, mas que se admite em observância ao princípio da eventualidade, passa-se à análise de outro aspecto relevante da infração 3, que também determina nulidade do auto de infração.

Pontua que os elementos necessários para a excelência do ato administrativo, quais sejam, motivo, agente competente, forma específica, conteúdo e finalidade, onde dentre estes elementos, nos reportaremos à forma, isto é, as formalidades a serem seguidas quando da lavratura de um auto de infração que são requisitos formais do auto de infração: “-*qualificação do autuado; -o local, a data e a hora da lavratura; -a fiel descrição do fato infringente; -a correta legal e a penalidade aplicável; -o prazo de trinta dias para que o infrator cumpra ou impugne a autuação; -a assinatura do agente autuante eu cargo, bem como o número de matrícula*”.

Assevera que o conjunto desses elementos devem ser articulados para evitar qualquer cerceamento ao direito de defesa por parte do contribuinte, na medida em que qualquer deficiência em um dos elementos poderá acarretar a nulidade do lançamento, como acontece no presente caso, uma vez que resta clara a incorreta capitulação legal.

Diz que a jurisprudência tem entendido que a falta de observação dos requisitos de ordem formal quando da emissão do ato administrativo é causa de NULIDADE DE PROCEDIMENTO e leva à extinção do processo administrativo.

Tendo em vista que a infração em comento descrita pelas Sras. Fiscais não é precisa sobre as inconsistências e omissões dos arquivos magnéticos enviados pela Impugnante, bem como não aplica corretamente a suposta infração legal, está diante de uma causa de nulidade formal do auto de infração, devendo o processo administrativo ser prontamente julgado extinto.

Observa que a Administração Pública é regida pelos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, interesse público e motivação dos atos administrativos pelos princípios da proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica e eficiência.

Esclarece mesmo que seja mantida a multa aplicada pela Fiscalização - O QUE SE ADMITE SOMENTE POR HIPÓTESE, esta deve sofrer uma redução por não guardar qualquer conexão com os princípios da razoabilidade ou proporcionalidade, especialmente porque não houve qualquer dano ao erário público, bem como ficou comprovada a boa-fé da Impugnante.

Ante todo o exposto, reitera todos os termos da Impugnação, para que seja desconstituído o crédito tributário e, conseqüentemente, o Auto de Infração ora em discussão, por essa medida ser de pleno direito.

Na informação fiscal, fls. 4216/4217, de logo, os autuantes colocam que fotos feitas em 01/08/2011, não são provas para descaracterizar uma fiscalização de 10/11/2008 referente aos exercícios de 2003 e 2004, sendo que o mesmo procedimento que o auditor diligente, fez, estas autuantes realizaram, visitando a fabrica acompanhadas do supervisor da IFEP indústria II, Wilson Roberto Souza Sampaio e também pelo Sr Wladimir o contador e o técnico do setor fabril e a fiscalização foi todo acompanhado pelo supervisor e pelo inspetor, Jose Vicente Neto.

Ressaltam que a informação do auditor diligente às fls. 4123 de que as fotos devidamente identificadas atestam claramente o processo fabril do autuado, discordam posto que suas fotos são de um outro período que não o período fiscalizado.

Explicam que quando visitou a empresa em 2008 foi verificado que esta fabricava notebooks, desktops e telefones, mas a empresa também adquiria notebooks e desktops para revenda (compra e transferências, principalmente transferências de sua matriz de São Paulo.)

Declararam que nas fls. 4123 o auditor autuante declara que *“na realidade a autuada, em sua manifestação de defesa, fls 3621, já admitia o cometimento de erro no preenchimento de algumas notas fiscais de operação de vendas realizadas no exercício de 2004, nas quais constava o CFOP de venda de produção própria, quando na verdade se tratava de revenda de mercadorias adquiridas de terceiros, conforme demonstrativo/doc 08 (fls 3743-3753)”*.

Abordam que no parágrafo seguinte, fls. 4123, o auditor diligente relata que solicitou do autuado um demonstrativo em meio magnético que relacionasse as operações por vendas de mercadorias adquiridas de terceiros no exercício de 2003. Não concordam com a solicitação que o contribuinte fizesse o trabalho, e que o diligente tenha aceito como corretos os dados apresentados pelo contribuinte.

Salientam, ainda, que o que foi solicitado na diligência da 5ª Junta de Julgamento Fiscal em 23/02/2010, pela senhora relatora Teresa Cristina Dias Carvalho, foi: *“1 - Intimar a empresa a apresentar documentos relacionados a sua linha de produção, observando as notas fiscais de aquisições das unidades digitais, relacionando-as com as linhas de montagem ou industrialização, além de promover o cotejo com as notas fiscais de saídas. Outrossim, pede-se que seja verificado se há prova documental das aquisições de desktops e notebooks que foram destinados à revenda. 2- Verificar, se necessário, no Livro Registro de Controle da Produção e Estoque, se os lançamentos estão compatíveis com a linha de produção própria do estabelecimento.”*

Chamam a atenção, afirmando, que está bem claro que o auditor diligente se preocupou em tirar fotos, mostrar a linha de produção da empresa como se fosse uma linha de produção de alta tecnologia. Esclarecem ao CONSEF que a fiscalização foi feita com base nas notas fiscais de entrada e saída, nos livros Fiscais e outros documentos como Mapa de Produção e visitas à linha de produção e verificação dos estoques de matéria-prima (peças), dos produtos montados e mercadorias adquiridas para vendas, tudo, seguindo os roteiros de fiscalização previstos na legislação.

Quanto a infração 3 o auditor diligente não a realizou alegando *“deixamos de emitir opinião por entendermos ser questão de mérito e, portanto, fora do espoco dessa diligência fiscal”*.

Ademais, os Demonstrativos nº 102 (50X54) e o Demonstrativo nº 114 (notas fiscais ausentes no registro 50), são essenciais para elaboração dos roteiros previstos na OS e não foram realizados por falta ou inconsistências das informações no arquivo SINTEGRA da empresa, motivo da autuação. Assim, mantêm integralmente a infração 1.

Solicitam a procedência do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente constato que o Auto de Infração em lide preenche todas as formalidades previstas no RPAF/99, em especial com o atendimento ao disposto no art. 39, portanto encontra-se apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais.

O autuado na defesa apresentada suscitou a decadência do direito de cobrança dos tributos cujo fatos geradores ocorreram no exercício de 2003, tendo em vista que o Auto de Infração foi lavrado em 18/11/2008, sob o argumento de que é previsto o prazo de cinco anos para a formalização do crédito tributário dos tributos por homologação, conforme disposto no art. 150, § 4º do CTN.

Rejeito a preliminar de decadência suscitada tendo em vista que o lançamento de ofício foi realizado em 18/11/2008 e o art. 150, § 4º do CTN, estabelece que:

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 administrativo, 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.

O art. 107-B da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia), que incorporou o art. 150 do CTN, no seu parágrafo 5º dispõe:

Art. 107-B

§ 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.

Assim, a legislação tributária do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento, não podendo ser argüida a determinação do art. 150, § 4º do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixar prazo à homologação. Os créditos constituídos foram relativos ao exercício de 2003, e só seriam desconstituídos se o lançamento tributário ocorresse a partir do dia 01/01/2009, o que não ocorreu.

Ultrapassada a preliminar de mérito, com relação à decadência dos fatos geradores ocorridos no exercício de 2003, passo à análise do mérito da autuação, como segue.

No mérito, na infração 1, está sendo exigido ICMS sob a acusação de que o estabelecimento autuado realizou importações tributadas, referentes a produtos que estão fora do Anexo Único da Portaria 895 de 09/07/99, e para os quais, não foram localizados no sistema CPT, processos de pedidos de desoneração do ICMS na importação, em caráter precário. Em decorrência da irregularidade apontada, os autuantes verificaram que durante os exercícios de 2003 e de 2004, os produtos constantes no demonstrativo nº 01, tiveram suas importações desoneradas do ICMS, através das Guias para Liberação de Mercadoria Estrangeira (documentos anexos), com a informação que eles faziam parte da Portaria 895/99, o que não aceitara, como verdade e efetuaram o presente lançamento, com relação aos produtos de NCMS nºs 9009.99.90 9009.99.10 8517.50.10 4010.39.00 8302.10.00 4810.13.90

8483.40.90 8310.00.00 4911.10.90 4911.10.10 4820.90.00 8483.90.00

4910.00.00 8501.31.10 8542.21.92 4010.19.00 8483.50.10 8535.21.00.

Inconformado com a autuação, o sujeito passivo destaca, em primeiro lugar, que é beneficiado por incentivos fiscais estaduais, o Decreto nº 4.316 de 1995, que lhe garante o regime de diferimento para o lançamento e o pagamento de ICMS, relativo ao recebimento do exterior de

componentes, partes e peças destinadas à fabricação de produtos de informática, que se encontram relacionados na Portaria expedida pela Secretaria da Fazenda da Bahia.

Assim, as NCMS de produtos, partes, peças e componentes alcançados pelo tratamento tributário do regime de diferimento do Decreto nº 4.316/95, encontravam-se relacionadas na Portaria 895/99, que no momento da fiscalização já se encontrava revogada e substituída pela Portaria 101 de 2 de março de 2005 e alterações, Portarias 575/05, 814/05, 218/06 e 478/07.

Com relação às mercadorias enquadradas no código NCM 9009.99.10 e 9009.99.90, o sujeito passivo aduz que requereu diligência no Auto de infração nº 117808.0003/07-7 à 4ª Junta a fim de que fosse confirmada a identidade entre as descrições contidas nestas NCMS e aquelas contidas na redação original da Portaria 895/99, sob os códigos 9009.90.10 e 9009.90.90, e em resposta ao CONSEF, a GECOT entendeu que as descrições contidas nas NCMS acima podem ser consideradas correspondentes, visto que se referem a produtos com as mesmas características e funcionalidade. (Doc. 03)

De imediato, a defendente reconheceu com relação aos produtos classificados na NCM 4911.10.90, 4820.90.00, 4910.00.00, 4010.19.00, 8483.50.10, 4810.13.90, 8483.90.00, 8535.21.00, para o ano de 2004, que a autuação é correta, razão pelo qual apresentou à inspetoria fazendária requerimento de utilização de crédito de ICMS existente para pagamento de débito conforme documentos anexos ao PAF. (Doc. 04 e 05). Contudo entende que com relação ao exercício de 2003, estaria fulminado pela decadência, nada mais podendo ser exigido pelo fisco, com relação àquele período.

Por fim, aduz que as demais classificações estão enquadradas nas Portarias: 8517.50.10 (Portaria 101/05) ; 4010.39.00 (Portaria 814/05), 8302.10.00 (Portaria 814/05); 8483.40.90 (Portaria 814/05), 8310.00.00 (Portaria 575/05), 4911.10.10. (Portaria 575/05), 8501.31.10 (Portaria 814/05) e 8542.21.92 (Portaria 101/05), e que nos termos das Portarias, todos os atos relativos à concessão do tratamento tributário previsto no Decreto 4.316/95, realizados em caráter precário antes da vigência dos referidos normativos foram por ela convalidados.

Assim, entende que a conduta adotada está totalmente acobertada por situação de retroatividade da lei tributária, prevista no inciso I do art. 106 do CTN que estabelece que a lei aplica-se a ato ou fato pretérito em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa.

Diante dos argumentos trazidos na defesa, destaco que a Portaria 895, original, publicada no DOE de 10/07/99, fls. 69 a 74, com efeitos a partir de 10/07/99, alterada pela portaria 636 a partir de 13/11/2003, fls. 75 a 86, vigentes na ocorrência do fato gerador das infrações deste PAF, relaciona os produtos, partes, peças e componentes que serão alcançados pelo diferimento, citados no artigo 1º do Decreto 4316/95, e que as classificações que não foram reconhecidas como devidas pelo contribuinte, que são: 90099990, 90099910, 85175010, 40103900, 83021000, 84834090, 83100000, 49111010, 85013110 e 85422192, não foram localizadas nas Portarias 895 de 10/07/99 e Portaria 636 de 13/11/2003, legislações em vigor nos exercícios de 2003 e 2004.

Quanto à assertiva de que o contribuinte teria se respaldado na legislação em vigor em 2005, tal como a Portaria 101 que só passou a vigorar em 02 de março de 2005, não pode ser acolhida, posto que não se trata de hipótese em que poderia ser aplicada a retroatividade da lei, consoante o art. 106, I do CTN, não se vislumbra a hipótese de lei interpretativa.

Outrossim, conforme esclarecimentos trazidos pelos auditores fiscais, o Demonstrativo nº1, Importações, fls. 12 a 19 deste PAF, encontra-se em branco a descrição do produto código NCM 9009.99.90 e 9009.99.10 porque utilizaram para essa planilha as informações contidas na Tabela Siscomex- Detalhamento da Importação, originadas da Receita Federal, ao qual, o governo do Estado da Bahia tem acesso através de convênio, onde estes NCMS citados não estão discriminadas.

Consoante as reiteradas informações dos autuantes, estes não encontraram nos registros da Secretaria da Fazenda e nem lhes foram apresentados, pelo contribuinte, os pedidos (atos

precários) de inclusão destes novos produtos NCM: 90099990, 90099910, 85175010, 40103900, 83021000, 84834090, 83100000, 49111010, 85013110 e 85422192, na Portaria 895/99 e Portaria 636/03, fato que contraria o disposto no artigo 2º da portaria 895/99.

Cumpra destacar que o sujeito passivo foi intimado, pelos autuantes, para apresentar os atos precários ou os processos de concessão de tratamento tributário previsto no Decreto nº 4316 de 19/06/95. No dia 29/04/2008 foi intimado, novamente, para apresentá-los, ocasião em que deu entrada no documento SIPRO nº 063442/2008-5 na Secretaria da Fazenda, alegando “informar que os atos precários, bem como os processos de concessão de tratamento tributário previsto no Decreto nº 4316/95 (que concede diferimento de lançamento e pagamento de ICMS no recebimento de componentes, partes e peças advindos do exterior), encontram-se arquivados na Diretoria de Tributação – DITRI desta Secretaria da Fazenda, fls. 4007 à 4027.

Diante das providências tomadas pela sociedade empresária, os autuante sugeriram à supervisão da IFEP Indústria, que o processo nº 063442/2008-5 fosse encaminhado à DITRI para que fossem juntados todos os processos ou os seus pareceres finais, de inclusão de novos produtos para concessão de diferimento previsto no decreto 4316/95, nos exercícios de 2002, 2003 e 2004, pelo fato de o contribuinte alegar que os atos precários solicitados encontram-se arquivados na Diretoria de Tributação da Secretaria da Fazenda, e que em 30/07/2008 a auditora fiscal, Sra. Sandra Urânia Silva Andrade respondeu à sua solicitação informando que “o sistema Controle de Processos Tributários – CPT – é um sistema que permite pesquisas pelo público interno da Sefaz, cabendo ao agente fiscal efetuar diretamente tal verificação, tendo como objetivo, subsidiar a fiscalização”.

Importa destacar a afirmativa dos autuantes de que já tinham verificado que não havia nenhum processo de pedido de desoneração de ICMS na importação, nos exercícios de 2003 e 2004 no sistema CPT, mas que com o objetivo de não cercear o direito de defesa do contribuinte é que sugeriram o encaminhamento do processo à DITRI.

Ademais os autuantes destacam que verificaram, ao manusear todas as DI, as quais encontram-se anexas a este PAF, que no item NCM 90099990, 90% do total da importação corresponde a cartucho de tonner, mercadoria esta importada com a destinação de manutenção das copiadoras importadas pelo contribuinte para atividade de venda para leasing, o mesmo acontecendo com o produto código NCM 90099010 com a mesma destinação conforme fls. 181 a 2115 deste PAF.

Diante de todo o exposto, e de todos os esclarecimentos trazidos ao PAF, nos quais foram preservados os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, passo, na qualidade de Relatora, a analisar as razões da empresa, as informações fiscais, os Pareceres emanados pela DITRI, e a fundamentação legal da autuação, como segue:

Sob o aspecto material a interpretação das normas que estabelecem benefícios fiscais (regras de suspensão, exclusão do crédito tributário e de outorga de isenção), nos termos do art. 111 do CTN, Lei. 5.172/66, deve seguir a literalidade do texto. Exclui-se a possibilidade de interpretação extensiva e analógica, devendo o intérprete ter como referência o quanto contido no texto da norma. Nesse sentido se o benefício era condicionada a inserção do produto na tabela anexa à norma instituidora, este requisito há de ser observado sob o prisma da taxatividade. Só se encontra beneficiado o produto expressamente listado pelo legislador.

A posterior inclusão do produto, em norma de edição superveniente aos fatos geradores, tem que ser considerado quanto há possibilidade de retroação dos seus efeitos jurídicos. Em regra, as normas são editadas para produzir efeitos futuros, ou seja, para regular fatos que ocorrerão após a sua vigência. A retroatividade é exceção, aplicável, por exemplo, nas situações em que incidem normas apenadoras, cujas regras sempre produzem efeitos retro-operantes quando a norma posterior é mais benéfica que a anterior e desde que o caso não se encontre definitivamente julgado. É o que prescreve o art. 106, inc. II, letras “a”, “b” e “c” do CTN. O legislador também previu a possibilidade de retroação da norma “expressamente interpretativa (art. 106, I). A dicção

“expressamente” revela que este tipo de norma, para produzir os efeitos retro-operantes, deverá indicar em seu corpo ou texto que a finalidade da sua edição foi para regular situação controversa que demandava esclarecimento pelo legislador, fazendo aí (o legislador originário) o papel da intérprete autêntico da norma por ele editada.

Ressalte-se que o uso da norma “meramente interpretativa” é criticada pela maior parte da doutrina, pois passaria o legislador usurpar função que a CF conferiu ao Poder Judiciário, de fazer a aplicação da lei no casos concretos controvertidos, e às instâncias administrativas de julgamento (sem o caráter de definitividade) que também possui a prerrogativa de fazer a interpretação da norma diante de uma caso concreto controvertido

Portanto, à exceção das situações acima apresentadas, ou seja, 1) de expressa menção pelo legislador do efeito retroativo da norma editada, obedecidos os limites fixados na lei maior e no CTN (a exemplo dos princípios da anterioridade e anualidade, por exemplo), 2) as normas apenadoras mais benéficas e 3) as normas meramente interpretativas (situação excepcional), não há qualquer possibilidade de retroação normativa no âmbito do direito tributário.

Diante do exposto não vislumbro possibilidade de se acolher a tese defensiva esboçada na manifestação do contribuinte, pois a mesma não se reveste de juridicidade frente ao direito positivado no ordenamento jurídico brasileiro. Em outras palavras: a Portaria nº 859/99 não contemplava em seu texto os produtos correspondentes aos códigos 90099910 e 90099990, que só passaram a ter o tratamento previsto no Dec. 4.316/95, a partir da edição da Portaria nº , 101, de 2 de março de 2005 e suas respectivas alterações.

Sob o aspecto formal a Portaria nº 895/99, que se encontra anexa na fl. 69B a 74B, e as que foram posteriormente editadas, estabeleceram expressamente que a inclusão de novos produtos, peças partes e componentes, deveria ser precedida de um procedimento administrativo, junto à Secretaria da Indústria e Comércio da Bahia, para posterior análise e, se fosse o caso, aprovação, conforme comando inserido em seu art. 2º (Portaria nº 895/99). Logo, o procedimento administrativo para enquadramento dos produtos objeto da autuação não fora adotado pelo sujeito passivo Acrescente-se que as manifestações trazidas pelas DITRI em suas intervenções nos autos indicam expressamente que a empresa autuada não diligenciou nesse sentido, sendo a inclusão posterior dos códigos 90099910 e 90099990 ato unilateral do poder público, não havendo assim possibilidade de ratificação ou homologação dos mesmos se não fora provocada pela parte interessada.

Portanto, quanto à alegação de correspondência ou similaridade dos produtos referentes aos códigos NCMs 90099910 e 90099990, contida na manifestação da DITRI acostada às fls., cujo pronunciamento foi solicitado em outros processo administrativo fiscal, deste empresa, não nos parece suficiente para produzir os efeitos pretendidos pelo autuado. Isto porque a manifestação da DITRI não foi taxativa, havendo apenas a menção de que, pela leitura das respectivas nomenclaturas “poderia” se chegar a uma conclusão de total correspondência das mercadorias, tendo em vista possuírem as mesmas características e funcionalidades. Entendo que o parecer em referência se revela inócuo para a solução da lide. Primeiro porque o mesmo não se encontra revestido de uma conclusão que espane qualquer dúvida. Segundo, em virtude do mesmo não se encontrar fundamentado em nenhum dado técnico, se revelando com uma mera opinião, sem qualquer base probatória, seja de natureza documental, pericial ou qualquer outra fonte equivalente.

O Sistema Harmonizado possui regras de interpretação, e para a correta identificação de um código é preciso que façamos uso da NESH (Notas Explicativas do SH), que traz a designação e codificação das mercadorias.

Portanto para identificar a classificação de um determinado produto, além de conhecer a relação dos códigos da NCM, detalhados na TEC (Resolução Camex nº 43/2006) e na TIPI (Decreto 6.006/2006) ainda é necessário conhecer a NESH (IN RFB nº 807/2008). Esta seara pertence ao órgão

Federal, que entendo legítimo para dirimir dúvidas quanto às classificações fiscais do Sistema Harmonizado/NCM.

Em vista do exposto entendo que produtos correspondentes aos códigos 90099910 e 90099990, objeto da autuação, não se encontravam albergados pelos benefícios do Dec. 4316/95, à época dos fatos geradores, portanto legítima a exigência fiscal no tocante a estes produtos .

Destaco que este entendimento já foi manifestado no Acordão nº emanado por esta 5ª JJF, em que também atuei na qualidade de Relatora, não tendo a empresa Semp Toshiba obtido êxito nesta 1ª instância administrativa fiscal.

Com relação aos produtos classificados na NCM 4911.10.90, 4820.90.00, 4910.00.00, 4010.19.00, 8483.50.10, 4810.13.90, 8483.90.00, 8535.21.00, para o ano de 2004, o contribuinte reconheceu que a autuação é correta, razão pelo qual apresentou à inspetoria fazendária requerimento de utilização de crédito de ICMS existente para pagamento de débito em anexo. (Doc. 04 e 05), deste modo, fica mantida quanto à esses códigos da autuação. Quanto ao exercício de 2003, também legitima a exigência fiscal haja vista que não se operou a decadência, conforme adrede analisada na preliminar de mérito. Em conclusão mantidos estes produtos de códigos de NCMS, em sua totalidade.

Por fim, quanto às demais classificações que estão enquadradas nas Portarias: 8517.50.10 (Portaria 101/05) ; 4010.39.00 (Portaria 814/05), 8302.10.00 (Portaria 814/05); 8483.40.90 (Portaria 814/05), 8310.00.00 (Portaria 575/05), 4911.10.10. (Portaria 575/05), 8501.31.10 (Portaria 814/05) e 8542.21.92 (Portaria 101/05), ficam matidas pelas razões já expostas quanto à não retroatividade, posto que os exercícios autuados referem-se a 2003 e 2004, quando ainda não se encontravam vigentes as referidas Portarias. No mesmo sentido, não foram localizados pedidos de atos precários por parte do autuado à SEFAZ.

Por todo o exposto julgo procedente a infração em sua totalidade, com ICMS no valor de R\$ 2.319.607,12.

Na infração 02, a acusação se refere à falta de recolhimento de ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, pois promoveu a saída de mercadoria para revenda como se fosse produção própria do estabelecimento, ou seja, sem haver um ICMS efetivo, pois na saída de produção própria, todo ICMS destacado é cancelado pelo crédito presumido (Regime Especial de Apuração), conforme Demonstrativos nºs 2 e 3 anexos.

No demonstrativo 2 do Auto de Infração, consta a relação de notas fiscais de saídas emitidas mensalmente de janeiro/2003 e dezembro/2004, elencando o CFOP, a descrição do produto e o ICMS devido em cada nota fiscal. O autuado , na sua peça de defesa descreve que utiliza os CFOPs abaixo discriminados, e para demonstrar que os produtos se referem a produtos fabricados pela impugnante, faz juntar o mapa mensal de custo (Doc 6), o qual demonstra o custo dos produtos produzidos, cujo ICMS na saída é de 0%, nos termos do Decreto 4.316/95:

CFOP 6101, 6107, 5101 – venda

CFOP 6102, 6108, 5102 – revenda

CFOP 6152 – transferência de produtos revendidos

CFOP 6151 – transferência de produção/filial.

A defendente argui que houve equívoco no preenchimento de algumas notas fiscais, nas quais constaram CFOP de venda quando de fato se trataram de revendas. (doc. 08), e que a empresa que possui créditos acumulados de ICMS, apresentou à inspetoria Fazendária requerimento de utilização de crédito de ICMS existente para pagamento de débito em anexo (Doc.05).

Conforme esclarecem os autuantes, na informação fiscal, a Semp Toshiba Informática pratica duas atividades distintas: revenda de mercadorias adquiridas no exterior com redução de base de cálculo, de forma que alíquota se reduza a 3,5 % e montagem com redução de base de cálculo de

forma que alíquota se reduza a zero. Apontam que no demonstrativo anexo, fls. 3651 a 3740, documento nº 6 da defesa, o contribuinte junta um documento que denominou de “custo”, no qual verifica-se que só tem dados do inventário das mercadorias do exercício de 2004. Este mesmo demonstrativo e o referente ao exercício de 2003 foram utilizados pelo autuado para confecção de Demonstrativo nº 02 (fls. 20 a 30): Revenda como se fosse produção própria do estabelecimento de 2003 e Demonstrativo nº 03 (fls. 31 a 66): Revenda como se fosse produção própria do estabelecimento de 2004, mas todas as mercadorias constantes nos Demonstrativos nºs 2 e 3 foram adquiridas para revenda, conforme pode-se observar claramente na discriminação do produto, como por exemplo, memória RAM, cabo, HD.

Assim, tais produtos foram adquiridos para revenda, conforme documentos apresentados pela empresa no Demonstrativo anexo, fls. 3651 a 3740, mas, nas notas fiscais de saídas constam estes produtos com CFOPs de produção própria.

Solicitam que a infração 2 seja mantida integralmente e anexou ao PAF cópia do acórdão JJF nº 0277-04/08, com a mesma infração julgado totalmente procedente pela 4ª JJF deste Consef.

Diante da controvérsia, esta infração foi motivo de diligência fiscal, e no seu cumprimento, fls. 4118/4125, o diligente João Vicente Costa Neto, constatou que os elementos integrantes do presente processo, não permitia com segurança, opinar se as mercadorias relacionadas com as operações de vendas efetuadas ora pelo autuado estariam compatíveis com a sua linha de produção própria e assim poder se manifestar sobre as inquirições.

Diante disso, realizou uma visita técnica aos estabelecimentos da autuada no dia 27/07/2011, em sua unidade fabril, com presença de um técnico que pudesse apresentar de forma didática e objetiva o processo de fabricação/montagem da empresa autuada, conforme termo de intimação as fls. 4126-4127. Os resultados da visita são apresentados com a disposição gráfica do fluxo do processo produtivo (em anexo, fl. 4120), fotos e alguns comentários.

Pontua que percorreu as instalações do autuado e pôde perceber todo o fluxo, com clareza e objetividade. Essa percepção é destacada a seguir com fotos ilustrativas do resultado da visita técnica acompanhada dos representantes legais da empresa o Sr. Vladimir, Contador responsável pela organização contábil; o Sr. Fernando, técnico responsável pelo processo fabril, e Sra Priscilla Advogada legalmente constituída.

Esclarece que as fotos, devidamente identificadas, atestam claramente o processo fabril, tendo resultado na visita técnica que é o produto final da unidade fabril estabelecida na RDV BR324, Águas Claras, Salvador, Bahia, é efetivamente Unidades Digitais: NOTEBOOKS e DESKTOPS. Esses produtos são identificados nas Notas Fiscais de Saídas, no campo “Descrição do Produto”, quando das operações de vendas realizadas pela autuada, por “MIC. PORTÁTIL...”; “NOTEBOOK...”; “UNI. DIG. DE PROC...”, todos complementados com referências, conforme sua composição técnica de produção/montagem.

Assevera que todas as operações de vendas de mercadorias relacionadas no Demonstrativo de fls. 20B a 66B, acostado aos autos pelas Fiscais Autuantes, que integram a Infração 2, onde não constam as descrições destacadas no parágrafo anterior, **são efetivamente**, operações de revenda de mercadoria.

Afirma que na realidade, o autuado, em sua Manifestação de Defesa (fls.3621), já admite o cometimento do erro no preenchimento de algumas notas fiscais de operações de vendas realizadas no exercício de 2004, nas quais constava o CFOP de **Venda de Produção Própria**, quando na verdade se tratavam de **Revenda de Mercadorias Adquiridas de Terceiros**, conforme Demonstrativo/DOC-08 (fls.3743-3753).

Explica que o Demonstrativo/DOC-08, anexado pelo autuado, conforme acima destacado, apenas relaciona mercadorias do tipo operações de revenda de mercadorias no exercício de 2004, porém não relaciona as operações de revenda de mercadorias ocorridas no exercício de 2003, período,

também, integrante da Infração 2. Solicitou, então, da autuada, quando da realização da presente diligência, um Demonstrativo, em meio magnético, que relacionasse as Operações por Revenda de Mercadorias Adquiridas de Terceiros no exercício de 2003, o que de pronto foi atendido. Assim, de posse desses elementos, **reconstituiu o Demonstrativo de Revenda de Mercadoria como se fosse Operações Própria do Estabelecimento** (fls.20B a 66B), relativo a Infração 2 elaborado pelas Fiscais Autuantes, *agora expurgando todas as Notas Fiscais de Vendas com a Descrição do Produto, que se iniciam com os termos: “MIC. PORTÁTIL...”; “NOTEBOOK...”; “UNI. DIG. DE PROC...”*, por se referir efetivamente a Operações de Vendas de Produção Própria do sujeito passivo, conforme descrito.

Traz o Demonstrativo de Revenda de Mercadoria como se fosse Operação Própria do Estabelecimento reconstituído, acostado aos autos às fls. 4137 a 4188, exercício 2003 e 2004, cujo ICMS perfaz o total de R\$164.119,67, como segue:

<i>Data Ocorr</i>	<i>Data Venc</i>	<i>Valor Historico</i>
31/01/2003	09/02/2003	286,35
28/02/2003	09/03/2003	377,19
31/03/2003	09/04/2003	82,60
30/04/2003	09/05/2003	4.106,77
30/06/2003	09/07/2003	4.144,10
31/07/2003	09/08/2003	798,24
31/08/2003	09/09/2003	5.765,12
30/09/2003	09/10/2003	406,83
31/10/2003	09/11/2003	894,84
30/11/2003	09/12/2003	1.175,73
31/12/2003	09/01/2004	64.004,58
31/01/2004	09/02/2004	1.235,63
28/02/2004	09/03/2004	3.785,83
31/03/2004	09/04/2004	1.351,32
30/04/2004	09/05/2004	4.049,67
31/05/2004	09/06/2004	3.389,98
30/06/2004	09/07/2004	6.774,80
31/07/2004	09/08/2004	4.574,28
31/08/2004	09/09/2004	1.366,10
30/09/2004	09/10/2004	977,64
31/10/2004	09/11/2004	594,44
30/11/2004	09/12/2004	517,23
31/12/2004	09/01/2005	53.460,40
<i>Total da Infração 02</i>		<i>164.119,67</i>

Diante do exposto acompanho o resultado da diligência, posto que, de forma minuciosa, o diligente partiu em busca da verdade material, visitando em loco o estabelecimento autuado e verificando a sua linha de montagem e produção. Assim a infração perfaz o total de R\$164.119,67, conforme demonstrativo acima.

Na infração 3 está sendo aplicada a multa por descumprimento de obrigação acesssória em decorrência de o autuado não ter fornecido arquivos magnéticos exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas.

Os autuantes localizaram diversas inconsistências no arquivo magnético transmitido, referentes aos períodos de janeiro de 2003 a dezembro de 2004, enviados com omissão de dados e divergências de informações, conforme listagens diagnósticos, apresentadas ao contribuinte acostadas às intimações. Destacaram que apesar de regularmente intimado, o contribuinte reenviou o arquivo com as mesmas divergências, apresentadas anteriormente, e outras, o que impossibilitou a aplicação de roteiros de auditoria de levantamento fiscal de estoques, além de prejudicar a realização dos demais procedimentos e roteiros de auditoria, necessários para a execução do trabalho programado.

A obrigação de entregar os arquivos encontra-se prevista no RICMS/Ba, conforme abaixo:

"Art. 708-B. O contribuinte fornecerá ao fisco os documentos e o arquivo magnético de que trata este capítulo, sempre que for intimado, no prazo de 5 dias úteis contados da data do recebimento da intimação, sem prejuízo do acesso imediato às instalações, equipamentos e informações em meios magnéticos.

§ 3º Tratando-se de intimação para correção de inconsistências verificadas em arquivo magnético, deverá ser fornecida ao contribuinte Listagem Diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas.

...

"§ 5º O contribuinte terá o prazo de 30 dias úteis contados da data do recebimento da intimação para corrigir arquivo magnético apresentado com inconsistência, devendo utilizar, no campo 12 do Registro Tipo 10, o código de finalidade "2", referente a retificação total de arquivo."

...

§ 6º A entrega de arquivo magnético em atendimento à intimação de que trata o caput deste artigo, fora das especificações e requisitos previstos no convênio ICMS 57/95, configura não fornecimento, estando o contribuinte sujeito à penalidade prevista na alínea "g" do inciso XIII-A do art. 915 deste regulamento."

Desse modo, antes de adentrar ao julgamento de mérito, importa verificar se os procedimentos iniciais referentes à intimação para a entrega e às eventuais correções nos arquivos magnéticos foram fielmente observadas pelos autuantes, conforme os documentos constantes no PAF:

A primeira Intimação para a apresentação dos arquivos magnéticos, anexa nas fls. 87B e 88B, foram para a apresentação no prazo de 05 (cinco) dias, realizada em 16 de fevereiro de 2007.

A 2ª Intimação para apresentação de informações em meio magnético, consta na fl.89 B, e concedeu o prazo de 05 (cinco) dias úteis para apresentar todos os dados de entradas e de saídas, tendo em vista não terem sido apresentados nas épocas próprias ou terem sido apresentados de forma incompleta. Intimação entregue em 16/03/2007.

Na fl. 90B. consta como 2ª Intimação recebida em 28/02/2008, na qual o sujeito passivo recebe o prazo de 15 (quinze) dias, para justificar as inconsistências encontradas em seu arquivo magnético dos exercícios de 2003 e de 2004, conforme Relatório 102, Notas Fiscais com itens do valor do produto igual a zero.

Na fl. 91B, anexa a Intimação, (terceira), recebida em 28/02/2008, concede o prazo de 15 (quinze) dias para que o sujeito passivo apresente a justificativa quanto às inconsistências conforme o Relatório 114, notas fiscais de saídas ausentes de 2003 e de 2004.

Por último, as intimações de fls. 92 B e 93 B, entregues em 07 de março de 2008, semelhantes, proporcionam ao contribuinte o prazo de 10 (dez) dias para justificar as notas fiscais do CFAMT não localizadas no arquivo Sintegra dentre outras irregularidades.

Considerando a necessidade da prestação de orientação, quanto à aplicação de multas referentes a infrações relacionadas com arquivos magnéticos de que trata o Convênio ICMS 57/95, a SAT, Superintendência de Administração Tributária formalizou a Orientação Técnica OTE-DPF-3005, disponibilizada em 17/06/2005, a qual dispõe da seguinte orientação Gerencial:

1 – Para efeitos da aplicação da multa de 5%, limitada a 1% das saídas do estabelecimento em cada período (art. 915, XIII-A, “f” do RICMS):

- 1.1. – considera-se omissão de informações relativas a operações de entradas e saídas de mercadorias, bem como das prestações de serviços tomados e realizados, a omissão de informação relativa a determinados documentos fiscais em alguns registros do arquivo magnético entregue à SEFAZ.
- 1.2. considera-se apresentação de dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, a situação em que o arquivo magnético tenha sido apresentado com dados divergentes dos existentes no documento fiscal respectivo.

[...]

5 – Se verificada a impossibilidade de leitura ou a existência de divergência do arquivo magnético apresentado pelo contribuinte, em relação ao padrão previsto na legislação, deverão ser observados os seguintes procedimentos (ex: o contribuinte envia o arquivo com ausência do registro 54):

5.1 – o contribuinte deverá ser intimado previamente para regularização das inconsistências, no prazo de 30 dias úteis, e orientado:

5.1.1. – a consignar como finalidade de envio do arquivo, no campo 12 do registro 10 do arquivo magnético, o código 2, que corresponde à retificação total do arquivo;

5.1.2 – a enviar, via internet, o arquivo, criptografado e validado eletronicamente por programa disponibilizado pela Secretaria da Fazenda;

5.2. tratando-se de intimação para correção de inconsistências verificadas em arquivo magnético, o agente fiscal responsável pela intimação deverá anexar a listagem diagnóstica indicativa das irregularidades encontradas check-list (poderá ser o próprio relatório do NA VII – SAFA) à via da intimação entregue ao contribuinte;

5.3 – o prazo para atendimento à intimação será de 30 dias úteis.

Verifica-se que nos termos da Orientação Normativa OTE-DPF – 3005, o prazo estabelecido para que o contribuinte corrija as inconsistências dos arquivos magnéticos, é de 30 (trinta) dias úteis, prazo este que não lhe foi fornecido na presente situação, haja vista que em todas as intimações entregues à sociedade empresária constavam prazos de 05 (cinco) dias, de 15 (quinze) dias, ou de 10 (dez) dias. (fls. 87B a 93B do PAF).

Neste caso, entendo que o princípio da segurança jurídica não foi obedecido, o que acarretou prejuízo para a empresa autuada. Cabe lembrar que sendo o lançamento tributário um ato administrativo está sujeito aos princípios da legalidade, sendo assegurado ao contribuinte o direito ao contraditório e à ampla defesa. No lançamento, o fisco tem o dever de explicar detalhadamente ao contribuinte a ocorrência dos fatos que o justificaram e estes, na presente situação, devem estar em consonância com a Orientação emanada da SAT/DPF, adrede mencionada. Portanto o ato administrativo de lançamento que não foi acompanhada dessa fundamentação não pode ser validado, é nulo. Ademais, o procedimento de fiscalização submete-se a algumas limitações, a exemplo de não poder perdurar indefinidamente, tudo em função do caráter plenamente vinculado da atividade administrativa tributária e da necessária fundamentação dos atos administrativos.

Assim, em decorrência da irregularidade constante nas intimações que foram entregues ao sujeito passivo, em desacordo com o estabelecido na OTE-DPF – 3005, a infração é nula, e deve ser refeito o ato administrativo a salvo de falhas, consoante a disposição do art.21 do RPAF/99.

Infração nula.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº**117808.0006/08-4**, lavrado contra **SEMP TOSHIBA INFORMÁTICA LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$2.483.726,79**, acrescido da multa de 60% prevista no artigo 42, II, “f”, “a” da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de agosto de 2013.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR