

A. I. Nº - 180461.0003/12-6
AUTUADO - AURIGA INFORMATICA E SERVICOS LTDA
AUTUANTE - MARIA JOSE MIRANDA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 12.02.2014

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0018-04/14

EMENTA: ICMS. 1. BASE DE CÁLCULO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. BENEFÍCIO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA NA REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. A melhor doutrina dita que nos casos de benefícios fiscais, a interpretação deve ser *literal* ou restritiva, contrapondo-se à interpretação ampliativa ou extensiva. Tal entendimento, decorre do texto do art. 111 do CTN. Por mais que os produtos em lide se assemelhem, não pode se estender o benefício concedido da redução da base de cálculo, sob pena de se instaurar completa desordem na administração tributária. Infração procedente. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. MULTA. A infração 3 decorre da infração 1, pelo fato de que as mesmas mercadorias deram origem a estas infrações. Com a procedência da primeira infração, esta por consequência também é procedente. Infração não elidida. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO. Infração reconhecida pelo impugnante. 4. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. MULTAS. a) ENTRADA DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS. Infração reconhecida pelo impugnante. b) ALTERAÇÃO DO CÓDIGO DE MERCADORIA. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO RUDFTO.

A alteração dos registros implica na impossibilidade de realização do roteiro de estoque. Isto traz efetivo prejuízo à fiscalização, fazendo jus ao lançamento da multa prevista em lei. Infração procedente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

No auto de infração lavrado em 26/09/2012, foi efetuado lançamento de ICMS e multa no valor total de R\$806.671,51, em razão das seguintes infrações à legislação do ICMS:

01 – Recolheu a menos o ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. O imposto foi recolhido a menor em razão da redução indevida da base de cálculo referente às operações internas com produtos não indicados (NCM) no Anexo 5-A do Inciso V do Art. 87, apurado conforme demonstrativo anexo, sendo lançado o valor de R\$293.140,79 acrescido da multa de 60%.

02 – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. Referente às notas fiscais de aquisição de mercadorias (transferências) provenientes de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo imobilizado da empresa, escrituradas no livro REM sem o pagamento do diferencial de alíquota, apurado conforme demonstrativo anexo, sendo lançado o valor de R\$1.912,77 acrescido da multa de 60%.

03 – Multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente. Produtos com tributação normal na saída (sem o benefício da redução de base de cálculo do At. 87 inciso V) sem o recolhimento do respectivo imposto devido pela antecipação parcial, incidindo em multa apurada conforme demonstrativo anexo, sendo lançado o valor de R\$236.989,08 acrescido da multa de 60%.

04 – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal. As notas fiscais objeto desta infração foram fornecidas pelo CFAMT e não se encontram registradas no Livro Registro de Entradas de mercadorias, incorrendo em multa conforme demonstrativo anexo, sendo lançada multa no valor de R\$4.148,87.

05 – Contribuinte deixou de anotar no RUDFTO a data de alteração do código de mercadoria ou serviço, ou o código anterior ou o novo código utilizado., sendo lançado o valor de R\$270.480,00.

A impugnante apresenta defesa à fls.598/605 onde informa que as infrações 02 (06.01.01) e 04 (16.01.01) não serão objeto da presente Impugnação e os valores constantes das mesmas serão recolhidos aos cofres do estado (doc. 03).

Que em verdade, a autuação ora combatida (infrações 01, 03 e 05) deveu-se a um invencível lapso em que incorreu a agente fiscal, especificamente no que diz respeito ao entendimento de que a empresa autuada se beneficiou indevidamente da redução da base de cálculo. Isso se diga, porque, como fartamente restará provado, os produtos relacionados pela autuante são, tecnicamente, os mesmos indicados no NCM do Anexo 5-A, do art. 87 do RICMS.

Que a NCM destacada pelo fornecedor, ainda que diferente daquela destacada pela defendente refere-se ao mesmo produto, ou seja, tecnicamente trata-se da mesma mercadoria, portanto, beneficiada pela redução da base de cálculo. Apresenta descrição técnica dos equipamentos contestando as infrações 01 e 03. (doc. 04)

Aduz que ocorreu no caso em tela, a Auditora Fiscal não atentou para o fato de que os produtos que deram entrada com uma determinada NCM, destacada nas Notas Fiscais pelo fornecedor da ora defendente, é o mesmo (tecnicamente falando), daqueles relacionados no Inciso V do Art. 87 do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia.

Pelos esclarecimentos acima, necessário que seja deferido, e o que ora se requer, perícia técnica para corroborar o referido enquadramento na NCM tratada no Inciso V, do art. 87, do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia. Reforça-se que este enquadramento se deu através da avaliação de técnicos especializados na área, uma vez que a defendente dispõe em seu quadro funcional de profissionais certificados em produtos CISCO.

Ainda com o objetivo de comprovar o que ora se argumenta e fazendo isso de forma técnica, a autuada contratou os serviços de um Engenheiro Mecânico com conhecimentos específicos em equipamentos CISCO, para que o mesmo elaborasse laudo técnico com a descrição dos equipamentos em questão. O laudo (doc. 04) foi feito e encontra-se em anexo para verificação deste douto Julgador.

Traz o entendimento pelo laudo anexo, que na infração 01 o fisco enquadrrou como não beneficiado pela redução da base de cálculo os seguintes produtos: Catalyst 2960 (com variações de especificações); Switch 3COM 4200G; Switch Catalyst CISCO. Porém, o referido laudo explica em detalhes e de forma técnica que tais produtos tratam-se de hubs (nomenclatura dos produtos tratados na NCM). Que o engenheiro explica o que é hub e switch, dizendo, em linhas gerais, que o hub é um dispositivo que tem a função de interligar os computadores de uma rede local, enquanto o switch nada mais é que um evolução do hub, sendo portanto, o mesmo produto.

Acrescenta que dos conceitos aqui resumidos, pode-se concluir que hubs e switches guardam semelhanças técnicas e de aplicabilidade que permitem que ambos sejam identificados como

dispositivos de distribuição de dados utilizados nas conexões de equipamentos em redes de computadores. Assim, resta de fácil entendimento que a empresa autuada beneficiou-se da redução da base de cálculo por ser a mesma devida, uma vez que tratam-se dos mesmos produtos.

Requer a autuada que seja feita perícia técnica nos equipamentos relacionados como não beneficiados pela redução da base de cálculo, com a finalidade de buscar-se a verdade material dos fatos que deve nortear todo o processo tributário para que o contribuinte não seja apenado indevidamente. Que uma vez comprovado que os equipamentos relacionados encontram-se sob o pálio do benefício da redução da base de cálculo, resta improcedente também a infração 03, posto ser essa reflexo da infração 01.

Aduz que a multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, trata de multa referente ao enquadramento dos produtos beneficiados pela redução da base de cálculo e, uma vez que os mesmos restaram comprovados como devidamente enquadrados na redução, a multa ora prevista cai por terra, devendo o auto de infração ser julgado improcedente.

Já no que se observa da infração 05, onde o fisco afirma que houve alteração no código dos produtos sem que houvesse o devido registro no RUDFTO, a mesma também não corresponde à verdade material dos fatos uma vez que houve uma incongruência na leitura do relatório enviado. Diz que a cópia dos livros de inventário de 2007 e 2008 que ora se anexa, cujos originais encontram-se na posse da Sra. Auditora Fiscal Maria José Miranda, são suficientes para comprovar que de um ano para o outro nenhuma alteração houve nos códigos dos produtos. Atribui isto a um erro na leitura dos arquivos enviados à Sra. Auditora e às inconsistências encontradas, requerendo, desde já, perícia contábil para comprovar tais argumentos.

A autuante apresenta informação fiscal, fls. 854 a 863 onde preliminarmente aduz ser necessário fazer algumas considerações, como as de que em 28/10/2010, foi lavrado o Auto de Infração nº 232.889.0031/10-0, pelo cometimento da mesma Infração, dentre outras; que o referido auto foi julgado em 10.01.2012 através do Acórdão JJF nº 0010-05/12, no tocante a esta infração foi julgado totalmente procedente. Afirma que a autuada reconheceu e parcelou o débito e que se examinarmos o demonstrativo às fls. 46 a 48, elaborado pela fiscalização anterior, na grande maioria são as mesmas mercadorias objeto da presente autuação, conforme demonstrativo às fls. 11 a 16.

Que quanto ao mérito, as alegações apresentadas pela autuada, não podem prosperar, pelo seguinte: as mercadorias consideradas como não sujeitas ao benefício da redução de base de cálculo relacionadas nos demonstrativos mensais de 2008 pela autuante, fls. 11 a 16, estão corretamente amparadas pela classificação fiscal constante nas notas fiscais de entrada, fls. 79 a 230, considerando que nenhuma NCM relacionada consta do Anexo 5 – A, a que se refere o art. 87, V, que expõe claramente as NCM das mercadorias que podem gozar do benefício da redução da base de cálculo.

Sustenta que a autuada limitou-se a creditar aos fornecedores, erros na classificação da NCM quando da aquisição das mercadorias, e que tais NCM não estariam de acordo com a verdade material. Que no caso em tela, se houve erro na descrição, caberia a autuada solicitar carta de correção das notas fiscais junto aos fornecedores, para acobertar o tratamento tributário dado às suas aquisições. Entretanto, limitou-se apenas a apresentar um laudo técnico explicando que se tratam dos mesmos produtos.

Que se forem analisadas as notas fiscais de aquisição de mercadorias anexas, fls. 79 a 230 constata-se que o fornecedor, na mesma nota fiscal classifica alguns produtos na NCM correta, a exemplo do 8517.62.48, 8517.62.49. Por que a classificação diferente? Será que realmente se trata

do mesmo produto? Considerando que por parte da autuada houve apenas alegação, sem que houvesse comprovação de que teria sido erro de classificação por parte dos fornecedores, a autuante mantém a infração 01.

Quanto à infração 03, esta é referente à multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente ao enquadramento dos produtos beneficiados pela redução de base de cálculo, estando, portanto correlacionada com a infração 01. Assim sendo, fica mantida também esta Infração, já que foi mantida a primeira infração.

Quanto à infração 05, em 11/07/2012 a empresa foi intimada para corrigir inconsistências nos Arquivos Magnéticos do exercício de 2008, dentre elas a apresentação do REGISTRO 74 - Inventário de janeiro e dezembro. Findo o prazo de trinta dias a empresa não havia apresentado os arquivos.

Que somente nos dias 24/08/2012 e 29/08/2012, apresentou os inventários dos meses de dezembro/2008 e janeiro/2008, respectivamente. Mesmo fora do prazo, a autuante aceitou os arquivos e ao processá-los se deparou com uma situação nova, completamente atípica pra o que já vinha sendo observado. Toda a codificação dos produtos existentes no Estoque com base em 31/12/2008 havia sido alterada para um código com 6 dígitos(111072) diferente do que vinha sendo utilizado, que era de 4 dígitos (3053).

Que ao trabalhar com o Registro 54 de Entradas e Saídas, a partir do mês de outubro/2008, (que segundo a empresa foi quando houve mudança de Contador) a autuante já havia observado diversos códigos diferentes, onde o código do produto na entrada e na saída do REGISTRO 54 constavam LETRAS (código do fornecedor), na Nota Fiscal de Saída constava o código de 4 dígitos (8826) adotado pela empresa.

Mesmo assim, com dificuldade, a autuante realizou o trabalho. Entretanto com relação ao Inventário ficou impraticável porque no caso da Auditoria de Estoques, o Inventário Inicial e as Entradas estavam em um código, e o Inventário Final em outro completamente diferente, invalidando completamente o Roteiro que não pôde ser realizado. Tudo isto está comprovado não só no demonstrativo para aplicação da multa, mas nos diversos Relatórios anexos. Valor da multa = 196 códigos x 1.380,00 = 270.480,00

Aduz que se forem examinados os Arquivos Magnéticos apresentados pela autuada e que se encontram gravados no CD anexo, fls. 578, já se constata que os mesmos foram apresentados com o Registro 74 – Inventário com base em 31/12/2008 com os Códigos dos produtos com 6 dígitos, totalmente divergente dos códigos dos produtos apresentados no Livro Registro de Inventário (fls. 571 a 577) que são com 4 dígitos, não se tratando pois de erro de leitura dos arquivos enviados à auditora, como quer a autuada.

Verifica-se também pelos Relatórios do Registro 54 de entradas e saídas do exercício seguinte - 2009 (fls. 295 a 312 e 330 a 344) que a autuada já estava utilizando esses novos códigos, ficando comprovado que o Inventário que só foi informado no Sintegra quando da Intimação pela fiscalização, foi apresentado na nova codificação.

Quanto aos originais dos livros Registro de Inventário de 2007 e 2008, não se encontram em poder da Auditora responsável por esta fiscalização como afirma a autuada. Além de a autuante estar de posse do termo de devolução dos livros e documentos arrecadados durante a fiscalização, as cópias dos livros que foram juntadas ao processo pela autuada (fls. 837 a 852) estão autenticadas pela auditora, o que comprova que são as cópias dos originais que foram devolvidos. Se a autuada alega que os originais estão em poder da auditora, como ela conseguiu as cópias autenticadas pela mesma, para juntar ao processo?

Pelo exposto, considerando que o processo está revestido de todas as formalidades essenciais, e não tendo a autuada apresentado nenhuma prova contrária que fizesse jus ao seu pleito, entende que o Auto de Infração em questão, deva ser julgado procedente.

O processo entrou em pauta suplementar na data de 27/08/2013 por haver pedido de diligência, mas foi decidido pela Junta, que a questão a ser julgada era unicamente de Direito, e não havia dúvidas a serem dirimidas quanto à NCM das mercadorias. Assim, o processo foi pautado para julgamento em 12/11/2013 mas o impugnante protocolou pedido de retirada de pauta em 05/11/2013, sob a justificativa da empresa estar analisando a possibilidade de aderir ao REFIS estadual, para pagamento do auto.

A Junta, então, resolveu por adiar o processo para julgamento na sessão seguinte. Na assentada de julgamento da sessão do dia 14/11/2013, mediante veementes pedidos de diligência, formulado pela advogada do impugnante, para que o processo fosse enviado à Diretoria de Tecnologia da Informação, tal pedido acabou sendo acatado pela Junta, muito menos por haver dúvidas quanto às exclusivas razões de direito a serem apreciadas e muito mais por deferência ao princípio da ampla defesa. Assim, o PAF foi convertido em diligência àquela Diretoria, com o propósito de esclarecer a função e o grau de semelhança entre os hubs, que estão no Anexo 5-A do RICMS/BA e os switches.

À fl. 895, a diligência foi atendida nos seguintes termos: que os hubs e switches são utilizados para interligar computadores em rede local e que os hubs são meros repetidores, recebem os dados e retransmitem para todas as portas; já os switches ao receberem uma informação, faz análise dos dados e os enviam a uma porta especificamente destinada. Que por conta disto, redes interligadas por hubs costumam apresentar lentidão, já os switches analisam o tráfego e criam canais de comunicação. Conclui que os switches possuem funcionalidades avançadas e são mais caros. Acrescentam que o fabricante “Cisco” possui uma linha de switch chamada “Catalyst”. Não responderam aos questionamentos dos itens 3,4,5 por falta de informações suficientes.

Em 27/01/2014, véspera do julgamento, a impugnante protocolou petição, em que argumenta as seguintes questões:

houve migração do julgamento da 5ª JF para 4ª JF, e que naquela, os conselheiros já vinham debatendo o assunto e nesta o assunto é desconhecido.

Que a DTI não respondeu a todos os questionamentos feitos na diligência e o relator não está 100% subsidiado para proferir o voto e que o processo seja encaminhado à SAT/DITRI para maiores esclarecimentos no que tange à NCM dos produtos em questão.

Que a impugnante não foi cientificada da Diligência, para se manifestar no prazo de 10 dias. Que baseado nos princípios da ampla defesa e da busca da verdade material, requer a suspensão do julgamento.

VOTO

Antes de adentrar ao mérito, devo analisar os questionamentos feitos pelo impugnante às vésperas do julgamento.

A migração do processo da 5ª JF para a 4ª JF está respaldado pelo Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, conforme Art. 136, § 1º, incisos I e II, abaixo transcritos, in verbis:

§ 1º - O processo distribuído a um relator permanecerá a ele vinculado na hipótese de:

I - retorno de diligência ou perícia;

II - ser designado para compor outro colegiado da mesma instância;

Embora a DTI não tenha respondido a todas as questões, cabe ao relator a análise dos dados e dar prosseguimento à diligência se entender que as respostas não foram suficientes à formação do convencimento para julgamento da lide; no entanto, entendo estar 100% subsidiado para o julgamento, com a resposta parcial da DTI, conforme as exposições da fundamentação que virá a seguir, quando da análise de mérito.

Quanto ao últimos questionamento, de acordo com o Art. 149-A rpa, se a diligência ou perícia implicar fatos novos, com juntada de demonstrativos ou provas documentais, o órgão preparador deverá dar ciência ao sujeito passivo e ao autuante, observado o disposto no § 1º do art. 18. No entanto, o resultado da diligência não apontou nenhum fato novo, pois a própria impugnação diz que no laudo, *o engenheiro explica o que é hub e switch, dizendo, em linhas gerais, que o hub é um dispositivo que tem a função de interligar os computadores de uma rede local, enquanto o switch nada mais é que um evolução do hub.*

A diligência confirma exatamente isto, visto que nas próprias palavras da DTI “os hubs e switches são utilizados para interligar computadores em rede local e que os hubs são meros repetidores, recebem os dados e retransmitem para todas as portas; a diligência confirma também a informação apontada no laudo da impugnação, de que o switch nada mais é do que uma evolução dos hubs, ao acrescentar que *já os switches ao receberem uma informação, faz análise dos dados e os enviam a uma porta especificamente destinada e conclui que os switches possuem funcionalidades avançadas e são mais caros*”.

Assim, embora na própria solicitação de diligência haja orientação no sentido de se dar ciência do resultado à autuante e à impugnante, este Julgador entendeu que tal procedimento se constituía num excesso de formalismo que prejudica o andamento e a celeridade do julgamento, pois nada foi acrescentado pela DTI que justificasse a comunicação do resultado, visto ser inócuo ao entendimento deste Relator, qualquer pronunciamento que venha a ser feito a posterior, pois está mais do que evidente que a questão aqui a ser decidida não passa pela identificação do grau de semelhança entre os produtos, uma vez que está confirmado que há mesmo forte semelhança, mas não são iguais, e a decisão a ser feita neste processo é se este grau de semelhança suplanta a diferença da NCM apontado nos produtos. A diligência serve ao propósito de convencimento do Julgador, e isto foi feito.

O processo administrativo fiscal não cumpre o mesmo rito do processo judicial, onde cumpre-se à risca o princípio do contraditório, pois este princípio, no processo administrativo, é mitigado por outro princípio extremamente importante para o exercício da ampla defesa, da eficiência e celeridade processual, que é o princípio da informalidade, aplicado tanto à administração como ao administrado. Disso decorre, que até mesmo na hora da sessão de julgamento, é permitida a apresentação de novas provas, fato inadmissível no processo civil, que devido ao excessivo formalismo, há ocorrência de preclusão, prejudicando a ampla defesa.

Em sendo assim, nos termos do art. 138 do RPAF, uma vez analisados os autos e concluindo-se que não há dúvidas, falhas ou pendências, o relator emitirá despacho sucinto em que declare estar concluída a instrução, remetendo o processo à Secretaria do Conselho para ser incluído em pauta de julgamento.

Diz também o Art. 2º do RPAF, que na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, atender-se-á aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito, devendo-se observar o prescrito em seu parágrafo 1º:

§ 1º No preparo, instrução e tramitação do processo, ter-se-á sempre em vista a conveniência da rápida solução do pedido ou litígio, restringindo-se as exigências ao estritamente necessário à elucidação do processo e à formação do convencimento da autoridade requerida ou do órgão julgador.

Assim, entendo que os elementos do processo são suficientes para a elucidação e convencimento deste Julgador, e para que não paire nenhuma dúvida sobre o acerto da decisão em se pautar o processo para julgamento sem a ciência do impugnante acerca do teor da diligência, trago abaixo, ementa de julgamento de ação anulatória de processo administrativo em que foi negado pelo TJ-PR, por ofensa ao contraditório, em que o Tribunal entendeu pela prevalência do princípio do informalismo nos processos administrativos, combinado com a ausência de

demonstração de prejuízo ao impugnante, e também do STJ em que se negou a anulação do processo por falta de uma intimação formal da parte.

TJ-PR - 8859283 PR 885928-3 (Acórdão) (TJ-PR)

Data de publicação: 19/06/2012

Ementa: DIREITO PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ANULATÓRIA DE DECISÕES EM PROCESSOS ADMINISTRATIVOS. DECISÃO ADMINISTRATIVA MOTIVADA. ALEGADA OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. AUSÊNCIA DA DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. PRINCÍPIO DO INFORMALISMO QUE REGE OS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS.. RECURSO DESPROVIDO. O processo administrativo goza do princípio do informalismo, o qual dispensa procedimento rígido ou rito específico. Eventual nulidade no processo administrativo exige a respectiva comprovação do prejuízo sofrido, em observância ao princípio pas de nullité sans grief, hipótese não demonstrada na exordial.

RECURSO ESPECIAL Nº 761.057 - SP (2005/0102479-6)

RELATOR : MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI

RECORRENTE : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ementa: PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. INTIMAÇÃO. DESNECESSIDADE. Não viola o artigo 535 do CPC, nem importa em negativa de prestação jurisdicional o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta. No caso, o acórdão recorrido emitiu juízo acerca das questões que eram necessárias ao deslinde da controvérsia, de modo que a alegação de omissão do acórdão recorrido reflete mero inconformismo com os termos da decisão. Não há, por essa razão, qualquer vício no acórdão recorrido que determine a sua nulidade. Não acarreta nulidade do processo administrativo fiscal a não intimação da parte, pois não houve prejuízo à recorrida. Não há requisitos de forma que impliquem nulidade de modo automático e objetivo. A nulidade não decorre propriamente do descumprimento do requisito formal, mas dos seus efeitos comprometedores do direito de defesa assegurado constitucionalmente ao contribuinte já por força do art. 5º, LV, da Constituição Federal. Daí falar-se do princípio da informalidade do processo administrativo.

Assim, feitas estas considerações, passo ao julgamento do auto de infração, que foi lavrado com o devido cumprimento das formalidades inerentes ao procedimento, com identificação do autuado, descrição clara das infrações e os respectivos demonstrativos de débito, tendo sido cumprido devido processo legal, com atendimento à mais ampla defesa, inclusive com adiamento e suspensão do julgamento durante a sessão, em que se decidiu pelo envio do processo em diligência à DTI.

O impugnante reconhece as infrações 2,4,ee defende as infrações 1 e 3 e 5. As infrações 1 e 3 são conexas, porque o impugnante ao dar tratamento tributário às mercadorias em questão, entendeu que os produtos Catalyst 2960, Switch 3COM, Switch Catalyst Cisco, além de outros relacionados no demonstrativo, tratam-se de hubs, e por isto tratam-se dos mesmo produtos do Anexo 5-A do art. 87 do RICMS, que possui a seguinte descrição: Distribuidores de conexões para rede (hubs) NCM8517.62.54

Assim, o impugnante aplicou redução de base de cálculo os hubs e outros produtos de informática, e por conseguinte, deixou de fazer a antecipação parcial, em virtude de carga tributária interna resultar em valor que dispensava o pagamento de diferença de alíquotas. Já os itens CATALYST e SWITCH, a NCM tem numeração 8517.62.39 8517.62.59, 8471.80.19, conforme pode se verificar por exemplo, na nota fiscal nº 053137 à fl. 112 do PAF, emitida por INGRAM MICRO BRASIL LTDA, além das notas fiscais nas páginas subsequentes. Assim, o resultado do julgamento da primeira infração, obrigatoriamente repercute na terceira, que a acompanhará no mesmo resultado.

Em suma não está aqui em discussão, a NCM dessas mercadorias, fato que o impugnante não contesta, mas apenas que embora as mercadorias que resultaram no lançamento, não estejam claramente identificadas pela NCM aposta no Anexo 5-A do RICMS/BA 97, segundo a impugnante, tratam-se efetivamente de variações de um mesmo produto, pois conforme sua própria defesa à fl. 603, pode-se concluir que *hubs e switches guardam semelhanças técnicas e de aplicabilidade que permitem que ambos sejam identificados como dispositivos de distribuição de dados*

utilizados nas conexões de equipamentos de redes de computadores, e que portanto faria jus à redução da base de cálculo.

A diligência à DITI, de fato atesta que os hubs e switches são utilizados para interligar computadores em rede local, mas pontua que os switches ao receberem informações, faz análise dos dados e as envia a uma porta especificamente destinada, enquanto os hubs, de função mais simples, envia os dados indistintamente para todas as portas, e com isto, torna a rede mais lenta. Por consequência da função mais especializada dos switches, estes são naturalmente mais caros e sofisticados. Tal informação foi dada por uma Diretoria especializada em informática desta Secretaria, não havendo porque se duvidar de tal afirmação, mesmo porque a impugnante afirma textualmente em sua defesa, que os switches são de fato, *uma evolução dos hubs*.

Dessa forma, fica evidente que a lide se resume mesmo a uma questão de interpretação do dispositivo do Anexo 5-A, não havendo necessidade de se aprofundar outros pormenores que aproximem e identifiquem os hubs e os switches, pois é óbvio que possuem funções semelhantes, embora a dos switches seja mais elaborada, aumentando a velocidade de tráfego da rede.

A melhor doutrina dita que nos casos de benefícios fiscais, a interpretação deve ser *literal* ou restritiva, contrapondo-se à interpretação ampliativa ou extensiva. Tal entendimento, decorre do texto do art. 111 do CTN:

Art. 111 - Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

I – suspensão ou exclusão do crédito tributário;

II – outorga de isenção;

III – dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias

Assim, a redução de base de cálculo equivale a uma isenção parcial e se aplica perfeitamente a interpretação ordenada pelo artigo supracitado, pois não pode a incidência da lei que autoriza diminuição da carga tributária ir “além” da fórmula ou hipótese expressas em seu texto, o que vem a se traduzir na necessária segurança jurídica nas relações entre o fisco e os contribuintes. A interpretação literal deve ser a mais restritiva possível, na medida em que exige do intérprete que este se mantenha atrelado às expressões contidas no texto legal, dado que na acepção da interpretação restritiva, “*o que é regra se presume e o que é exceção deve estar expresso em lei*”.

No caso em apreço é inquestionável a semelhança dos hubs e dos switches, visto que se prestam à transmissão de dados em redes de computadores, embora essa transmissão seja feita de forma mais elaborada e sofisticada pelos switches, mas mesmo que tivessem a mesma eficiência tecnológica, ainda assim, entendo que não haveria de se estender a literalidade da legislação, que atende apenas aos hubs de determinada NCM. Afirmo isto porque é sabido que mercadorias de idêntica função, mas com material diferente já implica em alteração da NCM.

Assim, a título de exemplo, poderia citar a tubulação em PVC para água e esgoto, cuja NCM é 3916.20.00 e um tubo em ferro que pode ser utilizado para água e esgoto tem NCM 7304.31.60. Digamos então que o estado tenha concedido uma redução de base de cálculo para NCM que corresponde aos tubos de PVC. Embora os tubos de ferro possam desempenhar a mesma função, poderia se estender tal benefício? É claro que tal interpretação extensiva seria extremamente danosa à segurança jurídica, dado que abriria um imenso leque de possibilidades para que os contribuintes pudessem aplicar o benefício fiscal.

A impugnante já sofreu autuação anterior pelas mesmas razões, conforme trecho abaixo reproduzido do voto do ACÓRDÃO JJF Nº 0010-05/12 e que segundo a autuante, foi reconhecido e pago pela impugnante.

A impugnante trouxe o exemplo da mercadoria Código nº 3570– 04 Port Ethernet SWITCH WIC, tratado com o benefício da redução da base de cálculo na infração de nº 5, diferentemente do produto de Código nº 7106 – FOUR

PORT 10/100 ETHERNET SWITCH INTERFACE, tratado como não sendo passível do benefício de redução de base de cálculo na infração 1, e que tais mercadorias se diferenciavam apenas por uma ser o novo modelo da outra. Entendo que tratamento dado às mercadorias na infração 1 pela autuante, está acobertado documentalmente pelas informações contidas nas notas fiscais e por parte da impugnante houve apenas alegação, sem que houvesse apresentação de evidências razoáveis, de que teria sido erro de classificação quando da emissão das notas por parte dos fornecedores. Assim, mantenho a procedência integral desta infração.

A mesma mercadoria citado no voto acima, FOUR-PORT ETHERNET SWITCH INTERFACE, consta no demonstrativo do débito à fl. 38 deste processo. Naquele processo, a impugnante alegou tratar-se de erro de classificação quando da emissão das notas fiscais, neste, admite que a classificação é diferente, mas entende ser aplicável o benefício por conta da similaridade das funções desempenhadas nas conexões de redes de computadores.

Pelo exposto, entendo que por mais que os produtos em lide se assemelhem, não pode se estender o benefício concedido da redução da base de cálculo, sob pena de se instaurar completa desordem na administração tributária. Infração 1 procedente.

A infração 3 decorre da infração 1 pelo fato de que as mesmas mercadorias deram origem a estas infrações. Explica-se: como o impugnante entendeu que cabia redução de base de cálculo, não havia antecipação parcial a se fazer já que não haveria diferença entre a carga tributária nas aquisições e a carga tributária aplicada nas saídas internas, o que a dispensava da antecipação parcial. Com a procedência da primeira infração, esta por consequência também é procedente. Infração 3 não elidida.

Na infração 5 constato que foi feita intimação à fl.367, para correção do registro 74. Foi indeferido pedido de diligência, visto que os elementos que constam no processo, são suficientes para a formação de juízo de valor. À fl. 259 consta inventário de dezembro de 2007, onde os produtos estão com 4 dígitos, a exemplo do item CISCO ATA PORT ADAPTOR, cujo código é 3240. No inventário 2008, fl. 266, há produtos com 4 dígitos como como filtro de linha com fusível e com seis dígitos como RACK, código 111106 e à folha 270 há itens com 3 dígitos e até com 9, a exemplo de CONJUNTO POLIA. A autuante anexa CD, fls. 578 como prova dos arquivos alterados.

Embora o impugnante apresente cópias do registro de inventário com os dígitos aparentemente corretos em ambos os exercício, há de se convir que não ficou provado que se trata dos mesmos itens que a autuante apresentou, visto que em 2008 tanto há itens com 4 como seis dígitos. Por exemplo, o item 4.9GHZ 5.8 GHZ 17 DBISECTOR, à fl. 851 o impugnante apresentou com o código 8782 para justificar que estaria correto, com 4 dígitos, mas à fl. 276, na prova apresentada pela Autuante, o mesmo item tem o código 8782, idêntico ao relatório do impugnante. Isto prova, que não foram todos os itens que tiveram alteração para 6 dígitos. O software que a autuante utilizou no levantamento dos dados, apontou produtos com diferentes números de dígitos, e o critério de leitura adotado pelo programa de fiscalização é o mesmo qualquer que seja o item.

Além disso, mesmo que o impugnante venha a apresentar arquivo magnético devidamente corrigido, o que é factível, importa para a configuração da infração, o momento da apresentação dos arquivos após a intimação e que se encontra à fl. 578. Como a alteração dos registros implica na impossibilidade de realização do roteiro de estoque, isto traz efetivo prejuízo à fiscalização, fazendo jus ao lançamento da multa prevista em lei. Infração 5 procedente.

Face ao exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA** do auto de infração.

Consta às fls.873 a 874, que houve pagamento do débito, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE**, o Auto de Infração nº **180461.0003/12-6** lavrado contra **AURIGA INFORMATICA E SERVICOS LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$295.053,56**, acrescido da multa de 60%, prevista no inciso II,

“a” e “f”, da Lei nº 7.014,96, e dos acréscimos legais, além da multa percentual no valor de **R\$236.989,08** e da penalidade por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$274.628,87**, previstas nos incisos II, “d” , IX e XIII-A , alínea “e”, 1.2, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei, 9.837/05, devendo ser homologado os valores devidamente recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de janeiro de 2014

JORGE INACIO DE AQUINO – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

ÀLVARO VIEIRA BARRETO- JULGADOR