

PROCESSO - A. I. Nº 206969.0003/10-0
RECORRENTE - DYNATECH ELETRÔNICA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0265-01/14
ORIGEM - INFAZ ILHÉUS
INTERNET - 11/09/2015

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0269-12/15

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ESTORNOS DE DÉBITO EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO. DECRETO 4.316/1995. Na infração 01 foi corretamente exigido o imposto referente aos estornos indevidos de débito (códigos de operação 6.102 e 6.108), após comparação entre o escriturado, pelo sujeito passivo no RAICMS (livro Registro de Apuração do ICMS), e o apurado pela Fiscalização, que glosou os estornos referentes aos produtos que não tiveram tributação pelo IPI nos respectivos documentos fiscais. 2. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS EFETUADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Sendo o contribuinte indústria instalada no Polo de Informática de Ilhéus, gozando dos benefícios do Decreto 4.316/1995, não há previsão legal para que importe mercadoria e efetue simples remessas para outras unidades da Federação com suspensão do ICMS - sem destaque e pagamento do imposto devido. Rejeitada a preliminar de nulidade. Indeferido o pleito de diligência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão proferida através do Acórdão 1ª JF nº 0265-01/14, que julgou Procedente o Auto de Infração acima epigrafado, lavrado no dia 14/06/2010 para exigir crédito tributário no valor histórico de R\$ 871.896,68, sob a acusação do cometimento 07 (sete) irregularidades, das quais apenas as de números 01 e 02 - abaixo transcritas, compõem a peça de irresignação.

INFRAÇÃO 01. Estornos de débitos em desacordo com a legislação. R\$ 608.733,95 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, "f" da Lei 7.014/1996. Está dito que o recorrente estornou débitos em valores maiores do que os de direito, no percentual de 100% do ICMS destacado nas saídas por vendas de mercadorias adquiridas no mercado nacional e de produtos importados com diferimento do tributo (quando a saída tem carga tributária de 3,5%, conforme disposto no Decreto 4.316/1995, artigos 1º, 2º, 2º-A, 4º e 7º). A autuante salienta que o contribuinte emitiu as notas fiscais com CFOP 6.102 e 6.108, escriturou o livro Registro de Apuração do ICMS de acordo com estes documentos, mas escriturou o livro Registro de Saídas com os CFOP 6.101 e 6.107 (códigos fiscais de venda de produção própria) e estornou 100% do imposto lançado no livro RAICMS (Registro de Apuração do ICMS).

INFRAÇÃO 02. Falta de recolhimento. em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. R\$ 260.515,67 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, "a" da Lei 7.014/1996. Segundo a Fiscalização, o contribuinte deixou de recolher o ICMS, em razão de ter praticado operações tributáveis, com utilização de CFOP (códigos fiscais de operações) 6.949 (simples remessa), 6.102 e 6.108 (vendas de mercadorias adquiridas de terceiros), informando a alíquota ZERO, sem destacar o imposto devido e / ou não escriturando o ICMS nos livros fiscais próprios, não existindo nenhuma informação nas notas fiscais que possam indicar a natureza real das operações. Consta que foi efetuado levantamento de todas as operações, separando aquelas decorrentes de produção própria, as quais gozam do benefício do Decreto 4.316/1995, de

100% de estorno do débito, de acordo com as informações prestadas pelo contribuinte, relativas à produção nos exercícios de 2006 e 2007. Tais saídas de produção própria foram excluídas da base de cálculo e da apuração do ICMS devido.

A Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia de 09/12/2014 (fls. 1.308 a 1.330) e decidiu pela Procedência por unanimidade, nos termos a seguir reproduzidos.

"VOTO

Versa o Auto de Infração em lide sobre o cometimento de 07 (sete) infrações à legislação do ICMS, das quais o impugnante rechaça integralmente as infrações 01, 02 e 04 e silencia com relação às infrações 03, 05, 06 e 07.

Conforme relatado, esta Junta de Julgamento Fiscal julgou procedente o Auto de Infração em lide, em Decisão unânime, nos termos do Acórdão JJF N°. 0044-01/11.

Ocorreu que a 2ª Câmara de Julgamento Fiscal ao apreciar o Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte contra a Decisão acima referida, relativamente às infrações 01 e 02, deu provimento ao Recurso e declarou nula a Decisão recorrida, por cerceamento do direito de defesa.

No voto proferido pela 2ª CJF o fundamento para decretar a nulidade da Decisão de Primeira Instância foi cerceamento do direito de defesa, em face de inobservância no voto da JJF do seguinte:

- quanto ao retorno de mercadorias enviadas em operações interestaduais de simples remessa, a JJF somente analisou as notas fiscais com CFOP 6949 – “simples remessa” – emitidas pelo autuado, omitindo qualquer pronunciamento a respeito das cópias dos documentos de retorno destas mercadorias apensados aos autos pelo autuado. Em assim sendo, não houve enfrentamento da questão;

- quanto às cartas de correção e as notas fiscais ditas canceladas, que se pertinentes, podem interferir no cálculo do imposto exigido, a JJF, no seu voto, em qualquer momento enfrentou esse argumento, muito embora, como explicitado, não os tenha omitido do seu relatório;

- por fim, não houve enfrentamento do argumento defensivo de que todas as mercadorias que entram no estabelecimento autuado sofrem processo de industrialização.

Frisou o voto da 2ª CJF que, para garantia do pleno exercício do direito de defesa é fundamental que os argumentos sustentados pelo contribuinte sejam apreciados e, com a devida fundamentação, rechaçados ou não, mesmo que o argumento não influencie diretamente no valor do ICMS a ser exigido.

Passo a examinar.

Inicialmente, no que concerne à arguição de nulidade do Auto de Infração por não respeitar o princípio da ampla defesa, não há como prosperar a pretensão defensiva, haja vista que o lançamento de ofício em lide foi realizado em conformidade com o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, aprovado pelo Decreto n°. 7.629/99, especialmente o seu art. 39, estando claramente identificadas as infrações, o infrator, o montante da base de cálculo, o que permitiu o exercício pleno do direito de ampla defesa e do contraditório do contribuinte.

Noto que o impugnante teve conhecimento tempestivo da ação fiscal, das planilhas e demonstrativos elaborados pelo autuante. Inexistem vícios ou falhas que iniquem de nulidade o Auto de Infração, portanto, incorrendo quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99. Não acolho a nulidade arguida.

No respeitante ao requerimento do impugnante para realização de diligência por Auditor Fiscal estranho ao feito, cabe observar que esta JJF no intuito de afastar qualquer possibilidade de cerceamento do direito de ampla defesa do autuado, após a Decisão da 2ª CJF, converteu o feito em diligência à Assessoria Técnica do CONSEF - ASTEC/CONSEF (fls. 1.225 a 1.229), a fim de que fosse designado Auditor Fiscal para que verificasse todas as alegações defensivas atinentes às infrações 01 e 02, elaborando, se fosse o caso, novos demonstrativos com as correções e ajustes que se fizessem necessários.

A diligência foi cumprida pela ASTEC/CONSEF, conforme o Parecer ASTEC N°. 98/2013, cujo resultado será abordado mais adiante.

Antes observo que a infração 01- Efetuou estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto -, diz respeito a exigência de imposto sobre operações escrituradas nos livros fiscais próprios, em razão de o contribuinte ter estornado débito do ICMS a mais que o de direito, decorrente da utilização do estorno de 100% do débito do ICMS destacado nas saídas por revenda de produtos adquiridos de terceiros no mercado nacional - quando não é cabível o estorno de débito - e de produtos importados com diferimento do imposto - quando a saída tem carga tributária de 3,5%, conforme disposto no Decreto 4.316/95, art. 1º, 2º, 2º-A, 4º e 7º.

Conforme a acusação fiscal e os documentos acostados aos autos, inclusive os anexos Demonstrativo da Apuração do Estorno de Débito; Resumo da Apuração do Estorno de Débito; e Anexo I, o autuado emitiu notas fiscais de saídas com CFOP 6102 e 6108, escriturou o livro Registro de Apuração do ICMS de acordo com os

referidos documentos fiscais, contudo, escriturou o livro Registro de Saídas com os CFOP 6101 e 6107 - códigos fiscais relativos à venda de produção própria - e estornou 100% do imposto destacado e escriturado no livro RAICMS.

Observe que na defesa apresentada o impugnante alega que tem como atividade a industrialização de diversos produtos eletrônicos, cujos procedimentos e peças para montagem estão descritos em roteiros do produto, conforme demonstrativos anexos.

Afirma que tudo que comercializa sofre processo de industrialização no seu estabelecimento, sendo impossível a revenda de produtos importados ou nacionais, exceto quando, esporadicamente, um cliente solicita a substituição de uma peça e adquire por aquela peça específica, mas ainda assim, efetua nos produtos parametrizações e ajustes. Assim, a autuação já seria improcedente em decorrência da inverídica afirmação que houve revenda de produtos acabados recebidos de terceiros no mercado nacional ou importados.

Isso porque, todos os produtos constantes das notas fiscais apuradas que serviram de base para esta infração, sofreram processo de transformação, seja ela física ou de ajustes e parametrizações ou montagem no seu estabelecimento.

Salienta que, para facilitar o trabalho da autuante, forneceu toda a composição dos produtos, através dos documentos anexos, demonstrando que os equipamentos finais sofriam industrialização nos circunscritos ditames legais.

Assinala que, além disso, era só a autuante analisar as notas fiscais de importação que verificaria que os produtos importados são totalmente divergentes dos produtos vendidos, após sofrer o processo de industrialização.

Frisa que, verdadeiramente, não se quis ter olhos para a realidade, cuidando somente de analisar o erro de codificação, sem qualquer análise dos produtos importados, industrializados e vendidos. Acrescenta que as importações realizadas nos exercícios de 2006 e 2007 comprovam a sua assertiva nesse sentido.

Diz que, para que não se alegue que tais fatos não estavam contidos nos documentos fiscais, apesar de a autuante ter obrigação legal de ir à busca da verdade material, pode-se observar que das notas fiscais emitidas há destaque de IPI, a demonstrar que o produto comercializado sofreu processo de industrialização. No sentido de esclarecer o conceito de industrialização invoca e reproduz o art. 2º, §5º, do RICMS/BA. Menciona, ainda, que na TIPI, atualmente Decreto Federal nº. 6.006/2006, os equipamentos constantes das notas fiscais relacionadas pela autuante que resultaram na infração 01, estão previstos como tributados pelo IPI.

Vejo que a autuante na informação fiscal contesta as alegações defensivas, consignado que:

- efetuou diligência no estabelecimento do contribuinte em 06/04/2010, para dar início a ação fiscal, sendo recebida pelo Sr. Vitor dos Santos Pinto, funcionário do contribuinte e responsável pelo estabelecimento na ocasião, que tomou ciência da intimação. Naquela oportunidade também foi feita visita na área de produção do estabelecimento, quando foram fornecidas informações pelo citado senhor sobre produtos fabricados, forma de produção, etc.;

- a visita a área de produção das indústrias de informática e o conhecimento do processo produtivo das empresas é prática habitual da Fiscalização no início da ação fiscal, na diligência para intimação para apresentação da documentação para fiscalização;

- em nenhum momento disse que o contribuinte jamais industrializou na cidade de Ilhéus. Registra que, conforme se verifica na descrição dos fatos do Auto de Infração, foram fiscalizados os exercícios de 2006 e 2007. Nesse período, de acordo com documentação do contribuinte e demonstrativos anexos ao Auto de Infração, o contribuinte industrializou e também revendeu produtos adquiridos de terceiros. Diz que a fiscalização é feita por período, exercício fiscal e que a verificação de situação de chão de fábrica e pessoal existente, e outras condições de hoje, em 2010, não se aplica aos exercícios de 2006 e 2007, bem como industrialização e revenda de produtos não são atividades excludentes, verificando-se sua ocorrência na maioria das empresas, inclusive na empresa autuada;

- não houve nenhum contato de iniciativa do contribuinte com a autuante para esclarecimentos, conforme alegado na impugnação, antes da lavratura do Auto de Infração;

- solicitou ao contribuinte na pessoa do senhor Vitor e um responsável pela escrituração contábil, naquela oportunidade senhora Jamili, para esclarecer as vendas com código fiscal de revenda e simples remessa (6102, 6108 e 6949), além da divergência entre documentos fiscais e escrituração fiscal no livro Registro de Saídas e no livro Registro de Apuração do ICMS, bem como esclarecer a que se referiam as simples remessas. Os representantes do contribuinte não deram nenhuma explicação sobre as operações de simples remessa, nem para divergências na escrituração fiscal, nem apresentaram nenhuma carta de correção de documentos;

- atendendo a reiteradas intimações - na intimação inicial da fiscalização- fl. 190 - e por vários contatos telefônicos com senhor Vitor -, o contribuinte apresentou a relação de produtos

produzidos/industrializados/montados no estabelecimento no período fiscalizado (2006/2007), sendo essa relação (fls. 213/214) considerada integralmente nos levantamentos efetuados, levando-se em conta o código e/ou a descrição dos produtos. Salienta que a defesa anexou cópia dessa mesma relação (fls 1005/1006), apesar de afirmar que nunca teria fornecido informações sobre sua produção à Fiscalização.

De início, observo que o autuado goza dos benefícios previstos pelo Decreto nº 4.316/95, por estar instalado no Polo de Informática de Ilhéus e se tratar de empresa industrial.

No caso deste item da autuação, constato que a solução da lide está no fato de se definir se o autuado, efetivamente, efetuou estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação, em razão de ter estornado débito do ICMS a mais que o de direito, decorrente da utilização do estorno de 100% do débito do ICMS destacado nos documentos fiscais, por se tratar de revenda de produtos adquiridos de terceiros - conforme entende a Fiscalização - ou, se procede o estorno de débito levado a efeito pelo autuado, por se tratar de venda de produção própria - conforme entende o Contribuinte.

A análise de todos os elementos acostados aos autos, no caso, da descrição do fato infracional apontado no Auto de Infração; dos demonstrativos sintéticos (fls. 15 a 38) e analíticos (fls. 39 a 158) elaborados pela autuante; das notas fiscais e demais documentos; da peça impugnatória e manifestação posterior do autuado; da informação fiscal e pronunciamento posterior da autuante; e do resultado da diligência realizada pela ASTEC/CONSEF, por solicitação desta JJF, nos termos do Parecer ASTEC Nº 98/2013, permite-me concluir que assiste razão a autuante quanto a este item da autuação.

Isso porque, verifico que a autuante além de considerar a natureza da operação (CFOP) constante nas notas fiscais, considerou como produção do estabelecimento todos os produtos relacionados pelo autuado constantes da Relação de Produtos apresentadas pelo contribuinte, ainda na ação fiscal, relação esta que, posteriormente, foi juntada pelo autuado na defesa apresentada.

Ou seja, a exigência fiscal recaiu exclusivamente sobre as mercadorias descritas nas notas fiscais caracterizadas como revenda de mercadorias adquiridas de terceiros.

O Parecer ASTEC Nº 98/2013, da lavra da Auditora Fiscal que cumpriu a diligência, permite confirmar tal fato, quando a ilustre diligenciadora diz: ...analisando os documentos fiscais referentes ao CFOP 6108, indicados no demonstrativo analítico, constata-se que foram considerados indevidos os estornos referentes aos produtos que não tiveram tributação do IPI na nota fiscal, conforme se verifica no demonstrativo analítico de fl. 49 e as Notas Fiscais nºs 819, 843, 846 e 847, emitidas no mês de março de 2006, conforme cópias de fls. 258, 260, 263 e 264, já que o valor do estorno aceito pela Fiscalização de R\$439,97, de acordo com o demonstrativo sintético de fl. 17 é de justamente o somatório do ICMS referente aos produtos que foram tributados pelo IPI nos documentos fiscais conforme demonstra.

Salientou a diligenciadora que o estorno glosado de R\$644,66 é o somatório do ICMS dos demais itens constantes nos mesmos documentos fiscais que não foram tributados pelo IPI. Ressaltou que esse procedimento também é verificado no CFOP 6102 conforme demonstrativo de fl. 48 e Notas Fiscais ns. 807, 813, 814, 815, 817, 818, 844, 845, 855, 873, 874 e 875, cópias de fls. 251, 252, 253, 256, 257, 261, 262, 265, 266 e 267. Observou que esse procedimento foi utilizado em todo o período fiscalizado.

De algum modo, pode ser dito que o próprio autuado vai ao encontro do que foi realizado pela autuante e constatado pela ASTEC/CONSEF, ao dizer que: ...apesar de a autuante ter obrigação legal de ir à busca da verdade material, pode-se observar que das notas fiscais emitidas há destaque de IPI, a demonstrar que o produto comercializado sofreu processo de industrialização.

Ou seja, o próprio autuado afirma que o destaque do IPI demonstra que o produto comercializado sofreu processo de industrialização, podendo ser dito, a contrário senso, que não havendo destaque do IPI não houve processo de industrialização e, desse modo, trata-se de revenda de mercadoria adquirida de terceiro, descabendo o estorno de 100% do débito, conforme procedido pelo autuado.

Importante salientar que o trabalho fiscal não está baseado em presunção - conforme suscitado pelo impugnante -, haja vista que a autuante tomou por base os arquivos magnéticos enviados pelo contribuinte e os livros Registro de Apuração do ICMS, Registro de Entradas e Registro de Saídas, assim como as correspondentes notas fiscais.

Na realidade, a autuante confrontou os dados dos arquivos em meio magnético e constatou que estavam em conformidade com as notas fiscais emitidas pelo contribuinte, contudo, muitas notas fiscais emitidas com Código Fiscal de Operação - CFOP, de revenda para outras Unidades da Federação - Venda de mercadorias adquiridas de terceiros a contribuintes ou a não contribuintes (6102 ou 6108) - foram escrituradas no livro Registro de Saídas com CFOP de venda de produção própria do estabelecimento, no caso, 6101 ou 6107, sendo contrariamente computadas no Registro de Apuração do ICMS de acordo com o CFOP dos documentos fiscais. Vale dizer que o total das Notas Fiscais por CFOP é igual aos valores escriturados no livro RAICMS e diferente dos valores escriturados no livro Registro de Saídas de Mercadorias.

É certo que o autuado efetuou o estorno de débito de forma irregular, pois com base na escrituração no livro Registro de Saídas, onde escriturou saídas por revenda, CFOP 6102 e 6108, como se fossem saídas de produção própria, 6101 e 6107, resultando no estorno de 100% do ICMS destacado nos documentos fiscais, contudo, sem qualquer justificativa.

Quanto à alegação defensiva de que corrigiu os códigos com o devido recebimento pelos adquirentes, conforme Cartas de Correção anexadas, coadunado com o entendimento manifestado pela autuante no sentido de que, não encontra nenhum respaldo a alegação do impugnante de que os lançamentos contidos no livro Registro de Saídas estariam de acordo com a realidade, pois teria corrigido os códigos por meio de emissão de Cartas de Correção com o devido recebimento pelos adquirentes, haja vista que, pelas cópias dos documentos anexados pelo defendente, é possível constatar que foram emitidas poucas Cartas de Correção e, destas, só algumas têm o recebimento do adquirente das mercadorias.

Ademais, como a autuante considerou como produção do estabelecimento todos os produtos discriminados na relação fornecida pelo autuado, a Carta de Correção e o seu recebimento pelos adquirentes não tem qualquer repercussão.

No que tange à alegação defensiva de que no levantamento levado a efeito pela autuante foram incluídas notas fiscais canceladas, no caso, as Notas Fiscais nºs 874, 875, 1207, 1746, verifico que também não procede tal alegação, em face do que determina o art. 210, §1º, do RICMS/BA/97.

Assim dispõe o referido art. 210, §1º, do RICMS/BA/97:

Art. 210. Quando o documento fiscal for cancelado, conservar-se-ão no talonário, formulário contínuo ou jogos soltos todas as suas vias, com declaração do motivo que houver determinado o cancelamento, e referência, se for o caso, ao novo documento emitido.

§ 1º O motivo do cancelamento do documento fiscal será anotado, também, no livro fiscal próprio, na coluna "Observações".

Conforme determinação do acima transcrito dispositivo regulamentar, no caso de cancelamento de documento fiscal, todas as suas vias deverão ser conservadas, no talonário, formulário contínuo ou jogos soltos, inclusive com declaração do motivo que houver determinado o cancelamento, e referência, se for o caso, ao novo documento emitido, além de ser anotado no livro fiscal próprio o motivo do cancelamento.

Verifica-se nas cópias das notas fiscais referidas pelo impugnante, acostadas às fls. 618, 619 e 648, que são todas cópias da 2ª via, inexistindo qualquer indicação nesses documentos de motivo do cancelamento, consoante exige o art. 210, §1º, do RICMS/BA/97.

Independentemente disso, considero relevante o registro feito pela autuante no sentido de que, com relação à Nota Fiscal nº 1746 (fls. 721 e 722), foi cancelado o formulário nº 1801, por erro de impressão da Nota Fiscal nº 1746, cuja cópia da 1ª via foi anexada pela defesa (fls. 721), sendo, em seguida, a Nota Fiscal nº 1746 emitida utilizando o formulário de nº 1802, cuja cópia da 2ª via foi anexada pela defesa (fls. 722), sendo nítida a assinatura do recebedor das mercadorias.

Relevante também o registro de que não houve cancelamento das notas fiscais em questão, haja vista que constam no arquivo magnético enviado pelo contribuinte à SEFAZ, sem nenhuma indicação de que seriam documentos cancelados.

Cabe observar, relativamente à alegação defensiva referente à alíquota aplicada pela autuante nas infrações 01 e 02, que incorre em equívoco o impugnante quando alega a existência de erro, pois constato que a Auditora Fiscal agiu em conformidade com a legislação do ICMS ao aplicar 17% nas operações internas, 12% nas operações interestaduais destinadas a contribuintes do imposto, 17% nas operações interestaduais destinadas a não contribuintes do imposto. Em verdade, a alíquota de 17% nas operações internas é aplicada sobre a base de cálculo reduzida, na forma prevista no art. 87, V, do RICMS/BA, de forma que a carga tributária corresponda a 7%. Por outro lado, a revenda de produtos importados tem benefício do estorno de débito de forma que o imposto devido corresponda à carga tributária de 3,5%, e não "alíquota fixada em 3,5%". Vale dizer que as alíquotas não sofrem alteração.

Diante do exposto, a infração 01 é integralmente subsistente.

Relativamente à infração 02 – Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas-, verifico que decorreu do fato de ter o autuado praticado operações tributáveis, com utilização de CFOP 6949 – "simples remessa" -, CFOP 6102 e 6108 – "venda de mercadorias adquiridas de terceiros" -, consignando alíquota "ZERO", ou seja, sem destacar o imposto devido e/ou não escriturando o imposto nos livros fiscais próprios, não havendo nenhuma informação nas notas fiscais que possam indicar a natureza real da operação, e sem destacar e/ou registrar o ICMS devido em tais operações.

Observe que o autuado apresenta o mesmo fundamento utilizado na impugnação da infração 01, no sentido de que todos os produtos que saíram do estabelecimento acobertados pelas notas fiscais mencionadas na infração

02, sofreram industrialização no seu estabelecimento, não havendo que se falar em apuração de ICMS utilizando base de cálculo de seus produtos industrializados, que usufrui dos benefícios do Decreto 4.316/95.

Afirma que todas as notas de saídas com CFOP 6949 foram de remessa para pequenos ajustes, porém, retornaram para o seu estabelecimento, de modo que não pode haver bitributação, já que se retornaram ao estabelecimento, não poderiam as mercadorias acobertadas pelas notas serem tributadas pela autuante novamente.

Menciona como exemplo do erro da autuante, dentre outras notas fiscais, a Nota Fiscal nº 012039 de 08/06/07, que comprova o retorno dos produtos acobertados pelas Notas Fiscais nºs 3208, 3217, 3257, 3268, 3283, 3289, 3284, 3294, 3297, 3302, 3309, 3310 e 3297; a Nota Fiscal nº 012347 de 08/08/07, comprova o retorno dos produtos das Notas Fiscais nºs 3188, 3358, 3379, 3380, 3391, 3417, 3427, 3444, 3448, 3464, 3490, 3531, 3532, 3545, 3563, 3582, 3591, 3599, 3605, 3612, 3625; a Nota Fiscal nº 012541 de 21/09/2007, comprova o retorno dos produtos das Notas Fiscais nºs 3636, 3673, 3690, 3694, 3702 e 3709; a Nota Fiscal nº 012542 de 21/09/2007, comprova o retorno dos produtos das Notas Fiscais 3718, 3724, 3742, 3749, 3755, 3758.

Assevera que não houve observância das normas do art. 605 e 341 do RICMS, já que mesmo havendo suspensão do ICMS, a autuante resolveu tributar as operações, sem analisar o retorno das mercadorias através das notas fiscais variadas durante os exercícios fiscalizados.

Noto que a autuante contesta o argumento defensivo de que jamais existiu informação sobre os produtos industrializados por ele, como comprovam as folhas 213/214, que juntou e 1005/1006, que é cópia do mesmo documento, juntado pelo defendente, inclusive com recibo da Fiscalização datado de 21/05/2010.

Com relação às operações com CFOP 6949 – simples remessa -, assevera que não há nenhuma informação nas notas fiscais esclarecendo a que se referem, ou seja, qual o objetivo das remessas. Registra que, quando questionado, no curso da ação fiscal, também não deu o autuado nenhuma informação, assim como na defesa apresentada não traz qualquer explicação para essas operações.

Afirma que a alegação defensiva de que todas as notas fiscais com CFOP 6949 foram de remessa para pequenos ajustes, porém retornaram para o estabelecimento do autuado, de modo que não pode haver bitributação... não esclarece as operações nem as exonera de tributação.

Sustenta que está totalmente equivocada a alegação da defesa de que, além de estar equivocado o auto no que se refere aos produtos que foram industrializados, não há observância das normas no art. 605 e 341 do RICMS, já que mesmo havendo suspensão do ICMS, a fiscal autuante resolveu tributar as operações, sem analisar o retorno das mercadorias através das notas fiscais variadas durante os exercícios fiscalizados (fls. 544/545), haja vista que o art. 341 apresenta várias hipóteses de operações com suspensão de incidência do ICMS e o art. 605 trata da suspensão da incidência do ICMS nas saídas internas e interestaduais de mercadorias destinadas simplesmente a exposição ao público em feira de amostra e os subseqüentes retornos ao estabelecimento de origem (para os estados signatários de convênio com o estado da Bahia), onde a nota fiscal de saída deve constar o nome do próprio emitente, entre outras obrigações que devem ser observadas.

Afirma que sendo o contribuinte indústria instalada no Pólo de Informática de Ilhéus, gozando dos benefícios do Decreto n.4.316/95, não há previsão legal para que importe mercadoria/produtos com Diferimento do ICMS e efetue simples remessa para outras Unidades da Federação com suspensão de incidência do ICMS - sem destaque e pagamento do ICMS devido. Acrescenta que pela grande quantidade de mercadorias constantes das notas fiscais, observa-se não se tratar de remessa destinadas simplesmente a exposição ao público em feira de amostra, como prevê o art. 605 do RICMS/BA.

No respeitante à alíquota utilizada, diz que é a prevista na legislação e já foi esclarecida no item anterior da infração 01, reforçando o que já foi dito que não existe alíquota fixada seria de 3,5% para as saídas por revenda de produtos importados, como afirma o impugnante. Acrescenta que as saídas (revenda) de produtos importados com Diferimento do ICMS têm carga tributária de 3,5% de acordo com o art. 7º do Decreto 4.316/95, apurado mediante estorno de débito. Mantém integralmente a autuação.

Também nesta infração verifico que não procede o argumento defensivo de que jamais existiu informação sobre os produtos industrializados pela empresa, haja vista que a relação acostada pela autuante às fls. 213/214, juntada posteriormente pela defesa às fls. 1005/1006, infirma tal alegação.

Coaduno plenamente com a afirmativa da autuante, no sentido de que com relação às operações com CFOP 6949 – “simples remessa”, inexistente qualquer informação nas notas fiscais esclarecendo a que se referem, ou seja, qual a finalidade das remessas e o fundamento para que fossem realizadas sem tributação. Efetivamente, inexistente qualquer registro nos referidos documentos fiscais sobre a natureza de “simples remessa”.

Correto o registro feito pela autuante no sentido de que, o art. 341 do RICMS/BA/97 apresenta várias hipóteses de operações com suspensão de incidência do ICMS e o art. 605 do mesmo RICMS/BA/97, trata da suspensão da incidência do ICMS nas saídas internas e interestaduais de mercadorias destinadas simplesmente a exposição ao público em feira de amostra e os subseqüentes retornos ao estabelecimento de origem, situação

na qual a nota fiscal de saída deve ser emitida em nome do próprio remetente, além de outros procedimentos que devem ser adotados para legitimar a operação.

Quanto à alegação defensiva de que todas as notas fiscais de saídas com CFOP 6949 foram de remessa para pequenos ajustes, porém, retornaram para o seu estabelecimento, de modo que não pode haver bitributação, já que se retornaram ao estabelecimento, não poderiam as mercadorias acobertadas pelas notas serem tributadas pela autuante novamente, constato que inexistente a comprovação do alegado retorno.

Isso porque, a análise da alegação defensiva de que, dentre outras notas fiscais, a Nota Fiscal nº 012039 de 08/06/07, comprova o retorno dos produtos acobertados pelas Notas Fiscais nºs 3208, 3217, 3257, 3268, 3283, 3289, 3284, 3294, 3297, 3302, 3309, 3310 e 3297; a Nota Fiscal nº 012347 de 08/08/07, comprova o retorno dos produtos das Notas Fiscais nºs 3188, 3358, 3379, 3380, 3391, 3417, 3427, 3444, 3448, 3464, 3490, 3531, 3532, 3545, 3563, 3582, 3591, 3599, 3605, 3612, 3625; a Nota Fiscal nº 012541 de 21/09/2007, comprova o retorno dos produtos das Notas Fiscais nºs 3636, 3673, 3690, 3694, 3702 e 3709; a Nota Fiscal nº 012542 de 21/09/2007, comprova o retorno dos produtos das Notas Fiscais 3718, 3724, 3742, 3749, 3755, 3758, permite concluir que os referidos documentos não confirmam a alegação do autuado.

Na realidade, as cópias das notas fiscais de retorno acostadas aos autos pelo impugnante, verdadeiramente, infirmam a **alegação** defensiva.

Apesar de, efetivamente, constar no corpo das referidas notas fiscais de retorno o registro de se referirem às notas fiscais de “simples remessa”, inclusive com a identificação dos números dos referidos documentos fiscais, conforme discorrido acima, não consta qualquer comprovação em tais documentos do trânsito dos produtos, como, por exemplo, carimbo de postos fiscais localizados no trajeto do veículo transportador.

Observo que, no campo destinado a identificação do transportador das referidas notas fiscais de retorno de “simples remessa”, consta apenas a expressão “carro”, inexistindo qualquer registro sobre a placa do veículo e o nome do condutor.

Além disso, constato que as Notas Fiscais nºs 12.541 e 12.542, cópias às fls. 563/564, foram emitidas em 21/09/07, entretanto, consta carimbo no corpo das referidas Notas Fiscais com a seguinte expressão: DINATECH ELETRÔNICA LTDA., MERCADORIAS RECEBIDAS – 01/11/07 – contendo o visto do responsável. Ou seja, as notas fiscais foram emitidas em 21/09/07, contudo, somente adentraram no estabelecimento do autuado em 01/11/07.

Ora, mesmo sendo transportado por “carro”, conforme consta no campo próprio das notas fiscais, certamente que o transporte dos produtos normalmente não levaria 30 dias para chegar ao seu destino. Ou seja, não levaria 30 dias para sair do Estado de origem – São Paulo – e chegar ao Estado de destino onde está localizado o autuado, no caso, o município de Ilhéus/BA.

Assim sendo, considero que as cópias das notas fiscais de retorno de “simples remessa”, acostada aos autos pelo impugnante, não comprovam a alegação defensiva, sendo, portanto, correta a exigência fiscal quanto às notas fiscais emitidas pelo autuado como de “simples remessa”.

Conforme dito linhas acima, este item da autuação também foi objeto de diligência realizada pela ASTEC/CONSEF, por solicitação desta JJF, cujo resultado se encontra traduzido no Parecer ASTEC Nº. 98/2013.

Consoante consignado pela diligenciadora, nesta infração é exigido o ICMS em razão de o contribuinte não ter oferecido à tributação as operações de saídas com CFOPs 6102, 6108 e 6949, sendo que, nos dois primeiros CFOPs a causa determinante foi a falta de registro no livro Registro de Saídas dos valores do ICMS destacado nos documentos fiscais, enquanto no CFOP 6949, referente às saídas para demonstração, a irregularidade se deu em razão de as operações não terem sido tributadas pelo ICMS nas próprias notas fiscais.

Esclareceu ainda a diligenciadora que, da mesma forma que ocorreu na infração 01, as mercadorias acobertadas pelos referidos documentos fiscais não foram tributadas pelo IPI.

Observo que o autuado apresenta o mesmo fundamento utilizado na impugnação da infração 01, no sentido de que todos os produtos que saíram do estabelecimento acobertados pelas notas fiscais mencionadas na infração 02 sofreram industrialização no seu estabelecimento, não havendo que se falar em apuração de ICMS utilizando base de cálculo de seus produtos industrializados, que usufrui dos benefícios do Decreto 4.316/95.

Conforme dito acima, este item da autuação também foi objeto de diligência realizada pela ASTEC/CONSEF, por solicitação desta JJF, cujo resultado se encontra traduzido no Parecer ASTEC Nº. 98/2013.

Consoante consignado pela diligenciadora, nesta infração é exigido o ICMS em razão de o contribuinte não ter oferecido à tributação as operações de saídas com CFOPs 6102, 6108 e 6949, sendo que, nos dois primeiros CFOPs a causa determinante foi a falta de registro no livro Registro de Saídas dos valores do ICMS destacado nos documentos fiscais, enquanto no CFOP 6949, referente às saídas para demonstração, a irregularidade se deu em razão de as operações não terem sido tributadas pelo ICMS nas próprias notas fiscais.

Esclareceu a diligenciadora que, da mesma forma que ocorreu na infração 01, as mercadorias acobertadas pelos referidos documentos fiscais não foram tributadas pelo IPI.

Verifico que a autuante além de considerar a natureza da operação (CFOP) constante nas notas fiscais, considerou como produção do estabelecimento todos os produtos relacionados pelo autuado constantes da Relação de Produtos apresentadas pelo contribuinte, ainda na ação fiscal, relação esta que, posteriormente, foi juntada pelo autuado na defesa apresentada.

Ou seja, a exigência fiscal recaiu exclusivamente sobre as mercadorias descritas nas notas fiscais caracterizadas como revenda de mercadorias adquiridas de terceiros.

O Parecer ASTEC Nº 98/2013, da lavra da Auditora Fiscal que cumpriu a diligência, permite confirmar tal fato, quando a ilustre diligenciadora diz: ...da mesma forma que ocorreu na infração 01, as mercadorias acobertadas pelos referidos documentos fiscais não foram tributadas pelo IPI.

De algum modo, pode ser dito que o próprio autuado vai ao encontro do que foi realizado pela autuante e constatado pela ASTEC/CONSEF, ao dizer que: ...apesar de a autuante ter obrigação legal de ir à busca da verdade material, pode-se observar que das notas fiscais emitidas há destaque de IPI, a demonstrar que o produto comercializado sofreu processo de industrialização.

Ou seja, o próprio autuado afirma que o destaque do IPI demonstra que o produto comercializado sofreu processo de industrialização, podendo, ser dito, a contrário senso, que não havendo destaque do IPI não houve processo de industrialização e, desse modo, trata-se de revenda de mercadoria adquirida de terceiro, descabendo o estorno de 100% do débito, conforme procedido pelo autuado.

Importante salientar que o trabalho fiscal não está baseado em presunção, haja vista que a autuante tomou por base os arquivos magnéticos enviados pelo contribuinte e os livros Registro de Apuração do ICMS, Registro de Entradas e Registro de Saídas, assim como as correspondentes notas fiscais.

É certo que o autuado deixou de recolher o ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, conforme a acusação fiscal.

Cabe observar, relativamente à alegação defensiva referente à alíquota aplicada nas infrações 01 e 02, que incorre em equívoco o impugnante quando alega a existência de erro, haja vista que a autuante agiu em conformidade com a legislação do ICMS ao aplicar 17% nas operações internas, 12% nas operações interestaduais destinadas a contribuintes do imposto, 17% nas operações interestaduais destinadas a não contribuintes do imposto.

Em verdade, a alíquota de 17% nas operações internas é aplicada sobre a base de cálculo reduzida, na forma prevista no art. 87, V, do RICMS/BA, de forma que a carga tributária corresponda a 7%.

Por outro lado, a revenda de produtos importados tem benefício do estorno de débito de forma que o imposto devido corresponda à carga tributária de 3,5%, e não “alíquota fixada em 3,5%”.

Vale dizer que as alíquotas previstas no RICMS/BA/97 não sofrem alteração.

Diante do exposto, esta infração é subsistente.

No que tange à infração 04 - Deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios -, vejo que na defesa apresentada o autuado assevera que quitou o ICMS devido em agosto de 2007, apurado no livro Registro de Apuração do ICMS, contudo, solicita prazo para juntada do comprovante de recolhimento, dizendo que vem se esforçando para localizar o pagamento efetuado.

É certo que a simples negativa do cometimento não é capaz de elidir a infração, razão pela qual considero esta infração subsistente. Infração mantida.

Quanto às infrações 03, 05, 06 e 07, conforme dito linhas acima, não houve qualquer impugnação, prevalecendo nesta situação as disposições dos arts. 142, 143 e 144 do RPAF/99, no sentido de que representa o reconhecimento tácito das irregularidades apontadas no Auto de Infração.

Diante do exposto, as infrações 01, 02, 03, 04, 05, 06 e 07 são integralmente subsistentes.

No que diz respeito à arguição de que as multas são confiscatórias, esclareço que as mesmas foram corretamente aplicadas ao caso da lide, estando previstas na Lei 7.014/96. Ademais, é defeso a este órgão julgador apreciar a inconstitucionalidade de atos normativos, consoante o art. 167 do RPAF/99. Quanto à sua dispensa ou redução, requerida pelo autuado, por se tratar de multas por descumprimento de obrigação principal, a sua dispensa ou redução ao apelo da equidade, é de competência da Câmara Superior deste CONSEF.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração”.

Inconformado, com fulcro no que dispõe o art. 169, I, “b” do Decreto nº 7.629/1999 (RPAF-

BA/1999), o contribuinte interpõe Recurso Voluntário às fls. 1.343 a 1.350, no qual inicia suscitando a nulidade do Acórdão “*a quo*”, sob a alegação de que contém três vícios insanáveis: (i) a JJF não analisou o argumento defensivo, relativo às duas primeiras imputações, de que os produtos objeto da autuação foram industrializados por si; (ii) a Junta nada disse acerca das cartas de correção que juntou ao processo e (iii) não foi julgado, na primeira instância, o argumento concernente à infração 2 de que os itens (produtos) a ela referentes não poderiam ser tributados, uma vez que “*saíram e retornaram*” (relação de folha 1.349).

Segundo alega, na diligência efetuada pela Assessoria Técnica do Conselho (ASTEC/CONSEF), cujo trecho transcreve à folha 1.344, teriam sido constatados equívocos na auditoria, concernentes às divergências entre os estornos escriturados no livro Registro de Apuração do ICMS (RAICMS) e os apurados pela autoridade autuante, especialmente com os códigos de operação 6.102 e 6.108. Em relação às operações ocorridas sob o CFOP 6.949 (infração 02), a ASTEC teria confirmado suposto equívoco na auditoria, “*ao analisar que simples remessa foi de produtos industrializados*”.

Prossegue aduzindo que não houve erros na escrituração do livro Registro de Saídas (RS), uma vez que, assim que constatou equívocos nos documentos fiscais, emitiu as respectivas cartas de correção, situação que não teria sido enfrentada no julgamento de origem.

Em seguida, informa que desenvolve a atividade de industrialização de diversos produtos eletrônicos e que tudo que vende é produzido em suas instalações, em razão de que assegura ser impossível revender produtos nacionais ou importados. Tanto isso é verdade que as notas fiscais foram emitidas com destaque de IPI, em razão de que pede que o processo seja convertido em diligência.

Quanto à infração 1, a auditora teria analisado apenas o significado dos códigos 6.102 e 6.108 (vendas de mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros e vendas para não contribuintes), sem levar em consideração os outros elementos probatórios que lhe foram entregues.

Em relação ao fundamento da Decisão recorrida - o qual qualifica de absurdo, de que houve poucas cartas de correção, afirma que existem mais de 40 (quarenta), e que ainda que somente tivesse conseguido trazer uma ao processo, o imposto relativo à mesma deveria ser deduzido.

No que concerne à infração 2, diz que o elemento de convicção da auditora foi o fato de as notas fiscais com o CFOP 6.949 terem sido emitidas sem destaque do ICMS e sem referências à suspensão do imposto, o que considera equivocado, pois na sua concepção não há que se falar em tributação dos produtos que industrializa, em função do Decreto nº 4.316/1995 e do art. 5º, § 2º do RICMS-BA/1997.

No Acórdão de primeira instância foi dito que a autuante considerou a relação de produtos apresentados pelo contribuinte, o que diz ser inverídico, “*porque não houve qualquer comprovação neste sentido*”.

Após ressaltar que o lançamento resultou de presunção do Fisco, reitera o pleito de diligência e conclui pedindo que as infrações 1 e 2 sejam julgadas improcedentes.

A Procuradoria do estado (PGE/PROFIS), no Parecer de folhas 1.356 a 1.366, assinala que a Decisão de primeira instância não foi omissa - inclusive porque decorre da anulação de outra (Acórdãos JJF 0044-01/11 e CJF 0359-12/11), esta sim eivada de vícios impossíveis de sanear.

A respeito da infração 1, às folhas 1.357 a 1.360, transcreve trecho do Acórdão originário para demonstrar que a questão da industrialização foi enfrentada e decidida, com base em verificação “*in loco*”. Os demonstrativos da fiscalização designam mercadorias que o próprio recorrente deixou de incluir no relatório de produção, apresentado durante os trabalhos de auditoria e anexado à defesa. Como se isso não fosse bastante, a exigência recaiu exclusivamente sobre itens descritos nas notas fiscais como de revenda para terceiros, informações coincidentes com aquelas constantes dos arquivos magnéticos.

As notas concernentes às revendas (códigos 6.102 e 6.108), nas quais não há destaque de IPI, foram registradas no RS como se fossem relativas às vendas de produção própria (códigos 6.101 e 6.107), muito embora no RAICMS os lançamentos tenham sido efetuados com os CFOP corretos (6.102 e 6.108).

Quanto às cartas de correção, a JJF analisou a questão, nos termos reproduzidos às folhas 1.361/1.362. Além disso, de acordo com o art. 201, § 6º, I do RICMS-BA/1997, as mesmas somente são admitidas quando o erro na emissão do documento fiscal não influencia a apuração do imposto, o que não se verifica na presente lide, conforme explicações e cálculos de folha 1.363.

Ademais, há indícios de fraude nas tais cartas de correção, na medida em que muitas delas não trazem sequer a identificação de quem as recebeu, tampouco a data do recebimento, o que configura vã tentativa de afastar a obrigação de pagar por meio de ardil.

Afirma o nobre procurador, Dr. Elder dos Santos Verçosa, que o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal deveria conter normas destinadas a inibir tal comportamento, a exemplo do que já ocorre nos contenciosos civil e penal.

Quanto à infração 2, o recorrente quer forcejar a equivocada concepção de que basta consignar na nota fiscal o CFOP 6.949 - referente às simples remessas, para se eximir da obrigação tributária principal.

Assim, opina pelo conhecimento e não provimento do Recurso.

VOTO

Alinho-me com o oportuno posicionamento da Procuradoria do Estado, manifestado no Parecer de folhas 1.357 a 1.366, em especial com o que foi dito à folha 1.364, pois, a exemplo do que ocorre em outras legislações processuais, a do processo administrativo fiscal deveria prever sanções relativas à litigância de má-fé ou meramente protelatória.

Não é razoável que a sociedade arque com os altos custos de julgamentos decorrentes de petições capciosamente elaboradas, ou até mesmo evadidas de inverdades perceptíveis após a menos diligente das análises.

Ressalte-se que o ilustre procurador Parecerista, Dr. Elder dos Santos Verçosa, detectou indícios de fraude nas cartas de correção apresentadas pelo recorrente. Algumas delas não trazem a identificação de quem as recebeu, tampouco a data do recebimento.

A mera leitura do Relatório que compõe este Acórdão, principalmente da Decisão tomada na instância “*a quo*”, comprova não corresponder à realidade as alegações que fundamentaram a preliminar de nulidade. Segundo o recorrente, (i) a JJF não analisou o argumento defensivo, relativo às duas primeiras imputações, de que os produtos objeto da autuação foram industrializados por si; (ii) a Junta nada disse acerca das cartas de correção que juntou ao processo e (iii) não foi julgado, na primeira instância, o argumento concernente à infração 02 de que os itens (produtos) a ela referentes não poderiam ser tributados, uma vez que “*saíram e retornaram*” (relação de folha 1.349).

O Parecer da PGE/PROFIS, de folhas 1.357 a 1.366, transcreveu os trechos em que os julgadores analisaram cada uma das questões acima. Por isso, em obséquio à praticidade, farei o mesmo, mas de forma objetiva e meramente ilustrativa.

"Quanto à alegação defensiva de que corrigiu os códigos com o devido recebimento pelos adquirentes, conforme Cartas de Correção anexadas, coadunado com o entendimento manifestado pela autuante no sentido de que, não encontra nenhum respaldo a alegação do impugnante de que os lançamentos contidos no livro Registro de Saídas estariam de acordo com a realidade, pois teria corrigido os códigos por meio de emissão de Cartas de Correção com o devido recebimento pelos adquirentes, haja vista que, pelas cópias dos documentos anexados pelo defendente, é possível constatar que foram emitidas poucas Cartas de Correção e, destas, só algumas têm o recebimento do adquirente das mercadorias".

"Também nesta infração verifico que não procede o argumento defensivo de que jamais existiu informação sobre os produtos industrializados pela empresa, haja vista que a relação acostada pela autuante às fls. 213/214, juntada posteriormente pela defesa às fls. 1005/1006, infirma tal alegação".

"Quanto à alegação defensiva de que todas as notas fiscais de saídas com CFOP 6949 foram de remessa para pequenos ajustes, porém, retornaram para o seu estabelecimento, de modo que não pode haver bitributação, já que se retornaram ao estabelecimento, não poderiam as mercadorias acobertadas pelas notas serem tributadas pela autuante novamente, constato que inexistente a comprovação do alegado retorno".

Ainda não se está a dizer que o Acórdão vergastado é correto, pois isto é mérito. Verifica-se apenas que houve apreciação de todas as argumentações trazidas pelo sujeito passivo ao longo da instrução processual.

Cabe deixar claro que, nos termos do art. 201, § 6º, I do RICMS-BA/1997, cartas de correção surtem efeitos legais e são válidas somente nas situações em que o erro na emissão do documento fiscal não influencia o cálculo do imposto, o que não se verifica na presente lide, consoante as explicações apresentadas pela PGE/PROFIS à folha 1.363.

Rejeitada a preliminar de nulidade.

Indefiro o pedido de diligência, com supedâneo no art. 147, I, "a" do RPAF-BA/1999, pois todos os elementos necessários para formar a convicção dos membros deste órgão estão presentes nos autos.

No mérito da primeira imputação, o contribuinte alegou que a Assessoria Técnica do Conselho (ASTEC/CONSEF) exarou Parecer em sentido oposto ao da ação fiscal (favorável à sua metodologia). Para reforçar tal posicionamento, transcreveu trecho do mesmo à folha 1.344.

"Observa-se que nos referidos demonstrativos (fls. 15/38) existem divergências entre os estornos escriturados no livro RAICMS e os apurados pela fiscalização, especialmente nos CFOPs 6.102 e 6.108".

Com efeito, uma análise apressada do que foi dito à folha 1.233, a primeira do Parecer ASTEC nº 98/2013, poderia levar a tal conclusão. Entretanto, o que a diligente quis dizer é que existem divergências entre os estornos praticados pelo fiscalizado e aqueles considerados corretos pela fiscalização, ou seja, "apurados". A ASTEC/CONSEF, na conclusão de folhas 1.234/1.235, assinalou que "na infração 01 foi exigido o estorno indevido relativo aos CFOPs 6.102 e 6.108, após comparativo entre o escriturado, pelo sujeito passivo no RAICMS, e o apurado pela Fiscalização, que glosou os estornos referentes aos produtos que não tiveram tributação pelo IPI nos respectivos documentos fiscais".

De fato, não há que se falar em produtos industrializados sem incidência do IPI, a não ser nos casos de imunidade ou isenção, as quais não se aplicam às operações fiscalizadas. Por outro lado, as mercadorias objeto da autuação não constam do relatório de produção, entregue pelo próprio contribuinte à autoridade autuante quando da realização dos trabalhos (folhas 213/214).

Peço vênia para fazer minhas as palavras do Parecer da PGE/PROFIS, pois, como se não bastasse o que já foi exposto para demonstrar a insubsistência das alegações do apelo, a exigência recaiu exclusivamente sobre itens descritos nas notas fiscais como de revenda para terceiros, informações coincidentes com aquelas constantes dos arquivos magnéticos.

No tocante à infração 01, conforme assinalado pela ilustre auditora em sua informação fiscal de folhas 1.135 a 1.152, muito bem elaborada e detalhada, as operações de venda de mercadorias adquiridas de terceiros (códigos 6.102 e 6.108), nas quais não houve destaque de IPI, foram lançadas no RS como se fossem relativas às vendas de produção própria (códigos 6.101 e 6.107). Já no RAICMS, os lançamentos foram levados a efeito com os CFOP corretos (6.102 e 6.108), apesar dos estornos indevidos.

O fundamento de fato da segunda acusação é o mesmo da primeira, saídas de itens adquiridos de terceiros sem tributação, acrescentando-se aos dois códigos anteriores (6.102 e 6.108) o de nº 6.949 (simples remessas). A diferença entre os fatos que ocasionaram a infração 2 e os que ocasionaram a primeira é que naqueles foi informada a alíquota zero nas notas. Além disso, tais

notas foram lançadas na escrita sob a rubrica “NÃO TRIBUTÁVEIS”.

Os documentos fiscais destinados a acobertar as supostas operações de simples remessas não esclarecem a que se referem e não especificam o objetivo das operações. Nas corretas palavras da autuante, “*sendo o contribuinte indústria instalada no Polo de Informática de Ilhéus, gozando dos benefícios do Decreto 4.316/1995, não há previsão legal para que importe mercadoria e efetue simples remessas para outras unidades da Federação com suspensão do ICMS - sem destaque e pagamento do imposto devido*”.

Quanto aos alegados retornos, o recorrente não comprovou ter observado as normas contidas nos artigos 341 e 605 do RICMS-BA/1997.

O art. 341 especifica as operações com suspensão do ICMS, enquanto o 605 regulamenta este mesmo instituto (suspensão) nas saídas internas e interestaduais de mercadorias destinadas às exposições em feiras de amostras e os subseqüentes retornos. As notas de saída devem ser emitidas em nome do próprio remetente e os bens devem retornar em 60 (sessenta) dias, além de outros requisitos que o autuado não demonstrou ter atendido.

Não assiste razão ao recorrente quando assevera que a ASTEC/CONSEF avalizou seu procedimento, “*ao analisar que simples remessa foi de produtos industrializados*”. Assim como qualquer texto, o Parecer de folhas 1.233 a 1.235 deve ser interpretado como um todo, jamais tomando-se frases isoladas dos respectivos contextos, que em nenhum tópico atestaram a correção dos atos infracionais.

Mantida a Decisão recorrida.

Em face do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206969.0003/10-0**, lavrado contra **DYNATECH ELETRÔNICA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 871.156,71**, acrescido das multas de 50% sobre R\$1.158,22 e 60% sobre R\$869.998,49, previstas no art. 42, incisos I, “a” e II, alíneas “a” e “f”, da Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$740,00**, previstas nos incisos XV, “d” e XVIII, alíneas “b” e “c”, do mesmo Diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/2005.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de agosto de 2015.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

ELDER DOS SANTOS VERÇOSA – REPR. DA PGE/PROFIS