

A. I. N ° - 294888.0003/14-9
AUTUADO - ZMAX INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. (DATEN TECNOLOGIA LTDA).
AUTUANTE - ROMY SANTOS SILVA
ORIGEM - INFAZ ILHÉUS
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 17.04.2017

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0058-05/17

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO NOS PRAZOS REGULAMENTARES. APURAÇÃO DE CRÉDITOS INDEVIDOS NA CONTA CORRENTE FISCAL, DECORRENTE DE RETORNO DE PRODUTOS REMETIDOS PARA SUBSTITUIÇÃO EM GARANTIA. DECRETO 4.316/95. Tendo sido tributadas as operações de remessas para substituição em peças de informática em garantia não se aplica as regras estabelecidas no benefício fiscal instituído pelo Decreto nº 4.316/95. Cabível a utilização dos créditos fiscais no retorno das mercadorias substituídas. Exigência fiscal insubsistente. Prejudicado o exame da preliminar de decadência em decorrência da manifesta improcedência da autuação fiscal. 2. DIFERENÇA DE ALIQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS A CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. 3. LIVROS FISCAIS. a) FALTA DE ESCRITURAÇÃO. LIVRO DE REGISTRO DE CONTROLE DA PRODUÇÃO E DO ESTOQUE. b) ESCRITURAÇÃO EM DESACORDO COM AS NORMAS REGULAMENTARES. LIVRO RAICMS. 4. DOCUMENTO DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DMA. DADOS INCORRETOS. MULTAS. Infrações não impugnadas pelo sujeito passivo. Declaração expressa da defesa de que iria providenciar a quitação das ocorrências não impugnadas para posterior extinção da obrigação tributária nos termos do art. 156, I, do Código Tributário Nacional (CTN). Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

Trata-se de auto de infração lavrado em 29/09/2014 para a exigência de ICMS e multas por descumprimento de obrigações acessórias, no valor principal de R\$68.526,33, contendo as seguintes imputações:

Infração 01: Deixou de recolher ICMS referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Conforme DEMONSTRATIVO DA CONTA CORRENTE DO ICMS APÓS APURAÇÃO DAS INFRAÇÕES dos exercícios fiscalizados, em decorrência da apropriação de créditos fiscais indevidamente, no valor principal de R\$67.216,24, acrescido da multa de 50% e 60%, previstas, respectivamente, no art. 42, inc. I, letra “a” e inc. II, letra “f”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 02: Deixou de recolher ICMS decorrente de diferença de alíquotas interna e interestadual, nas aquisições de mercadorias junto a outras unidades da Federação, destinadas a consumo do estabelecimento, no valor principal de R\$570,09, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “f”, da Lei nº 7.014/96. Conforme Demonstrativo da Diferença de Alíquota devida nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a uso e consumo em 2009, em anexo.

Infração 03: Deixou de escriturar o Livro Registro de Controle da Produção e do Estoque dos exercícios fiscalizados. Penalidade no valor de R\$460,00, prevista no art. 42, inc. XV, letra “d”, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.534/02.

Infração 04: Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através do DMA. Conforme Demonstrativo dos meses que apresentaram diferença entre os valores lançados no RAICMS e DMA's dos exercícios fiscalizados. Penalidade no valor de R\$140,00, prevista no art. 42, inc. XVIII, letra “c”, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.534/02.

Infração 05: Escriturou livros fiscais em desacordo com as normas regulamentares. Conforme Auditoria da Conta corrente Fiscal do ICMS e cópias reprográficas do livro RAICMS referente aos meses 11 e 12 de 2009. Penalidade no valor de R\$140,00, prevista no art. 42, inc. XVIII, letra “b”, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.534/02.

O contribuinte foi notificado do lançamento fiscal em 02/10/14, através de intimação pessoal e ingressou com defesa administrativa em 03/11/2014, em petição subscrita por seu procurador, habilitado nos autos através do instrumento juntado à fl. 275.

A Impugnante informou inicialmente que iria proceder ao pagamento das Infrações 02, 03, 04 e 05, ensejando a sua extinção nos termos do art. 156, I, do CTN.

Em relação à infração 01, que envolve o direito ao crédito fiscal de notas fiscais emitidas para substituição em garantia de peças, a Impugnante discorreu, de início, ser uma sociedade empresária que se dedica, entre outras atividades, a fabricação, distribuição, manutenção, comércio, reparação e instalação de produtos de informática, conforme atesta o seu contrato social anexado. Que seu estabelecimento fabril está localizado no polo de informática de Ilhéus, fazendo jus aos benefícios previstos no Decreto nº 4.316/1995, que prevê, entre outras regras, que as operações de saída de produtos resultantes da industrialização do estabelecimento, ficando o contribuinte autorizado a lançar crédito do ICMS destacado na Nota Fiscal, de forma a resultar em desoneração do imposto sobre os produtos que forem fabricados (art. 2º).

Relatou em seguida que os artigos 3º e 4º do Decreto nº 4.316/1995 preveem vedação à utilização de crédito fiscal decorrente de entrada de mercadoria e aquisição de insumos, conforme transcrito abaixo:

***Art. 3º** Ao estabelecimento que promover saídas de produtos fabricados neste estado por contribuintes que tenham utilizado em sua produção o tratamento previsto no art. 1º ou no art. 1º-A, fica vedada a utilização do crédito fiscal da entrada da mercadoria, podendo lançar como crédito o valor do imposto destacado na nota fiscal de saída.*

***Art. 4º** Fica vedada a utilização de crédito fiscal relativo a operações ou prestações anteriores vinculadas à industrialização dos produtos abrigados pelo tratamento tributário previsto neste decreto.*

Disse que a acusação fiscal descrita decorre de suposto recolhimento a menor do ICMS entre 2009 e 2010, pois no entendimento da fiscalização, **a Impugnante teria apropriado crédito fiscal indevido em decorrência de operações de remessa de produtos para substituição em garantia**, pois, tendo sido deferida a tributação na importação e ocorrendo a desoneração dos produtos fabricados mediante utilização de crédito presumido de igual valor ao débito relativo às saídas das mercadorias, estaria vedada a utilização de crédito fiscal relativa à entrada de mercadorias no estabelecimento.

Entende a defesa, todavia, que no trabalho realizado pela fiscalização há um nítido equívoco na interpretação da operação relativamente à remessa de peças para troca em garantia.

Transcreveu as disposições do art. 2º do Decreto nº 4.316/1995 que preveem o direito ao crédito na saída do produto na mesma proporção do débito destacado na nota fiscal. Entende que a aplicação do citado dispositivo só ocorreria nas operações de saída de produtos resultantes da industrialização, conforme redação abaixo:

Art. 2º *Nas operações de saída dos produtos resultantes da industrialização, o estabelecimento industrial lançará a crédito o valor do imposto destacado, quando naqueles produtos forem aplicados os componentes, partes e peças recebidos com o tratamento previsto no “caput” do artigo 1º.*

Frisou que no caso concreto o crédito glosado decorreu de entrada de peças em retorno, por substituição em garantia, que são trocadas pelas peças enviadas pela Impugnante para os estabelecimentos autorizados. Que as saídas das peças para substituição em garantia ocorrem com tributação do ICMS, sendo destacado o imposto na respectiva nota fiscal, sem que a Impugnante se credite do valor destacado (**Doc. 02** – Notas Fiscais de Remessa e Retorno). Reproduziu na peça de defesa, à pag. 263, exemplos de notas fiscais emitidas envolvendo essas operações.

Interpreta a defesa que não se aplica nesse caso a regra prevista no art. 2º do Decreto nº 4.316/95, pelo simples fato de NÃO se tratar de saída de produto industrializado pela Impugnante, mas de peças para substituição por conta da garantia, condição estabelecida na legislação para que se possa aplicar o benefício.

Afirmou em seguida que a própria SEFAZ/BA convalidou o entendimento ora esboçado por meio de resposta a Consulta Formal realizada pela própria Impugnante, conforme Parecer nº 12056/2009 (**Doc. 03**), de 17/07/2009, abaixo reproduzido:

“Parecer Final:

O contribuinte acima qualificado dirige consulta a esta Administração Tributária, nos moldes do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Dec. 7.629/99, no tocante ao tratamento tributário dispensado às remessas de peças para a rede de assistência credenciada, considerando que, por ser beneficiário do Decreto nº 4.316/95, não pode se creditar do imposto incidente nas aquisições de matéria-prima.

RESPOSTA. *A questão abordada na petição apresentada deve ser respondida a partir da interpretação do art. 4º do Decreto 4.316/95, que assim estabelece:*

‘Art. 4º. Fica vedada a utilização de crédito fiscal relativo a operações ou prestações anteriores vinculadas à industrialização dos produtos abrigados pelo tratamento tributário previsto neste decreto.’ Da análise do dispositivo, verifica-se que a vedação ali estabelecida alcança apenas os créditos relativos às operações ou prestações anteriores vinculadas à industrialização dos produtos abrigados pelo tratamento tributário previsto no Decreto 4.316/95, o que não é o caso das peças que são remetidas pelos contribuintes beneficiários à rede de assistência técnica para a reposição em garantia. Dessa forma, temos que das peças que remeter a rede de assistência técnica especializada com o fim de reposição em garantia devem ser tributadas normalmente e o Consulente poderá lançar a crédito o valor do imposto incidente nas aquisições.”

Registrou, ainda, que a acusação fiscal já foi objeto de autuação pela fiscalização relativamente aos períodos de 2007/2008, **tendo sido a Infração julgada totalmente improcedente por este Eg. CONSEF**, conforme Acórdão CJF nº 0479-13/13, nos autos do AI nº 294888.0001/10-3 (**Doc. 04**), cuja ementa se encontra abaixo reproduzida:

**3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACORDÃO CJF Nº 0479-13/13**

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MERCADORIAS ADQUIRIDAS DESTINADAS AO ATIVO PERMANENTE. Restou comprovado que a empresa é beneficiária do Dec. 4.316/95 sendo dispensada do pagamento do imposto relativo à importação ou aquisição interna de bens do ativo imobilizado e conseqüentemente não faz jus à utilização de crédito fiscal relativo à aquisição destes bens. **Infração procedente. b) RETORNO DE PRODUTOS REMETIDOS PARA SUBSTITUIÇÃO EM GARANTIA.** Tendo sido tributadas as remessas para substituição em garantia, pois, não estão alcançadas pelo benefício do Decreto 4.316/95, é cabível a utilização do crédito no retorno dessas mercadorias **2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS.** Não comprovadas as

*alegações defensivas de que não foram considerados os estoques em poder de terceiros, nem que se trata de insumos utilizados na industrialização e sim de mercadorias adquiridas com fins de comercialização. Correto o procedimento fiscal de considerar no levantamento fiscal as quantidades de saídas efetivas relativas a vendas para entrega futura. Rejeitada a nulidade suscitada. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.*

No julgado em questão restou fixado que “*diante das provas trazidas aos autos pelo Recorrente, conclui-se que tais saídas foram tributadas normalmente, assim, é cabível o crédito do ICMS no retorno dessas mercadorias*”.

Em síntese: a defesa sustenta que diante da operação de remessa de peças para troca em garantia, não há aplicação do Decreto nº 4.136/1995, uma vez que os produtos são enviados com débito do imposto, fazendo jus a impugnante ao crédito destacado na Nota Fiscal de retorno, conforme já cancelado pela própria SEFAZ e por este Conselho de Fazenda.

Suscitou também a defesa, a decadência dos créditos tributários reclamados no período de janeiro a setembro de 2009, ressaltando que o Código Tributário Nacional trata da decadência do direito de lançar em dois artigos distintos (art. 150, § 4.º e art. 173).

No primeiro caso, de lançamento por homologação, o prazo decadencial para o lançamento do tributo inicia-se juntamente com o nascimento do direito potestativo de a Fazenda Pública lançar o tributo, ou seja, na data de ocorrência do fato gerador. Neste sentido, o magistério de Hugo de Brito Machado: “*Em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, o prazo de decadência começa na data do fato gerador respectivo. Lançar, neste caso, é simplesmente homologar a apuração que tenha sido feita pelo contribuinte, com base na qual foi antecipado o respectivo pagamento.*”

Ponderou em seguida que a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, a partir do julgamento dos Embargos de Divergência nº 1.199.262/MG, em outubro de 2011, passou a aplicar o entendimento do paradigmático REsp 973.733/SC, oportunidade em que se explicitou que, **caso o pagamento a menor do ICMS decorra da glosa de créditos do imposto, a decadência deve ser contada nos termos do §4º do artigo 150 do CTN. Essa decisão foi reproduzida nos autos.**

A partir dessas considerações a defesa sustenta o expurgo do presente auto de infração dos créditos tributários lançados com base nas competências de jan/09 e set/09, pelo advento da decadência.

Ainda, nas razões de mérito, a defesa apontou a existência de erro material verificado no PERÍODO JANEIRO/2009 em relação à glosa de créditos fiscais. No demonstrativo da conta corrente fiscal do ICMS após apuração das infrações a fiscalização lançou no mês de jan/09 “*ICMS a Recolhido*” o valor de **R\$1.811,19** e “*ICMS a Recolher*” o valor de **R\$828,40**. No entanto, no momento de transportar os valores autuados, a fiscalização, equivocadamente, lançou o valor recolhido (R\$1.811,19) em lugar do suposto valor a recolher (R\$828,40) para fins de constituição do crédito tributário na referida competência, gerando aumento indevido no valor autuado.

Requer a defesa, caso não sejam acolhidas as questões anteriormente suscitadas, que seja retificado o erro material apontado na lavratura do auto de infração, relativamente à competência de janeiro de 2009.

Adicionalmente, caso persista alguma dúvida acerca do direito ao crédito de ICMS da Impugnante, relativamente ao retorno de mercadorias remetidas em substituição em garantia, solicitou que o PAF seja remetido em diligência fiscal, nos termos do disposto nos arts. 123, § 3º e 145 do RPAF, especialmente com o fim de investigar os seguintes pontos:

As saídas em virtude de troca em garantia sofreram tributação?

Houve estorno de débito ou outra forma de uso de benefício fiscal em relação ao ICMS destacado nos documentos fiscais e lançados no livro de registro de apuração deste imposto, relativos a essas saídas?

Houve aplicação de qualquer benefício concedido pelo Decreto 4.316/95 nas saídas por troca em garantia?

Finalizou a peça informativa formulando o seguinte pedido: dar provimento à presente impugnação para julgar insubsistente o lançamento, com o conseqüente arquivamento do presente processo, pelos fundamentos acima invocados, sem prejuízo da decadência suscitada. Requereu ainda a produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente a realização de diligência fiscal por auditor fiscal estranho ao feito, conforme tópico acima.

Foi prestada INFORMAÇÃO FISCAL em 12/12/2014, peça anexada aos autos às fls. 381 a 384.

Consignou o autuante que a empresa autuada está devidamente inscrita no Cadastro da SEFAZ/BA, como – Unidade Produtiva - com atividade de Fabricação de Equipamentos de Informática – 2621300; e está instalada no Polo de Informática de Ilhéus, sendo beneficiária do Decreto 4316/95, que concede o benefício do DIFERIMENTO relativo às aquisições do exterior de Componentes, Partes e Peças, que são desonerados do ICMS, quando do desembaraço e CRÉDITO PRESUMIDO nas saídas, principalmente, no tocante à industrialização quando autoriza o estorno de 100% do débito do ICMS, relativo às saídas de produtos industrializados, conforme dispositivos abaixo transcritos do referido Decreto:

Art. 1º - Ficam diferidos, o lançamento e o pagamento do ICMS relativo ao recebimento, do exterior, de:

I - componentes, partes e peças, desde que o estabelecimento importador esteja instalado no Município de Ilhéus, destinados à fabricação de produtos de informática, elétricos, de eletrônica, de eletroeletrônica e de telecomunicações por parte de estabelecimentos industriais desses setores, nas seguintes hipóteses:

a) quando destinados à aplicação no produto de informática, elétricos, de eletrônica, de eletroeletrônica e de telecomunicações, para o momento em que ocorrer a saída dos produtos resultantes do processo de industrialização;

b) quando destinados à utilização em serviço de assistência técnica e de manutenção, para o momento em que ocorrer a saída dos mesmos do estabelecimento industrial importador;

Art. 2º - Nas operações de saída dos produtos resultantes da industrialização, o estabelecimento industrial lançará a crédito o valor do imposto destacado, quando naqueles produtos forem aplicados os componentes, partes e peças recebidos com o tratamento previsto no “caput” do artigo 1º.

Parágrafo único. Para os efeitos deste artigo, o monitor de vídeo, o “mouse”, a “web cam”, o microfone, a caixa de som e o teclado serão considerados componentes do equipamento de informática que integrarem na operação de saída.

"Art. 3º Ao estabelecimento comercial que promover saídas de produtos fabricados neste estado por contribuintes que tenham utilizado em sua produção o tratamento previsto no art. 1º ou no art. 1-A, fica vedada a utilização do crédito fiscal da entrada da mercadoria, podendo lançar como crédito o valor do imposto destacado na nota fiscal de saída."

Art. 4º Fica vedada a utilização de crédito fiscal relativo a operações ou prestações anteriores vinculadas à industrialização dos produtos abrigados pelo tratamento tributário previsto neste decreto.

Informou ainda o autuante que a apropriação dos Créditos Fiscais foi apurada através do roteiro de Auditoria dos Créditos Fiscais 2009/2010 – fls. 23 a 27 e 153 a 156 respectivamente, tendo em vista que a empresa apresentava saldo credor nos exercícios fiscalizados.

Pontuou, em seguida, que o Decreto 4.316/95 ao qual está subordinada, concede o benefício do **DIFERIMENTO** relativo às aquisições do exterior de Componentes, Partes e Peças, estabelecendo no seu art. 1º, inciso I, alínea b, que o lançamento e pagamento do ICMS relativo ao recebimento destas CPP's (Componentes, Partes e Peças) “... ***quando destinados à utilização em serviço de assistência técnica e de manutenção, ficam diferidos para o momento em que ocorrer a saída dos mesmos do estabelecimento industrial importador ...***”.

Registrou, em acréscimo, que no levantamento Fiscal - ANÁLISE DO BENEFÍCIO DO DIFERIMENTO REF. 2009, anexado à fl. 16, e REF. 2010, anexado à fl. 146 dos autos, restou demonstrado que o coeficiente de industrialização nestes exercícios foi de 94,71% e 92,87% respectivamente, com aproveitamento dos créditos presumidos relativos a estas saídas nos RAICMS anexos às fls. 28 a 39; 168 a 180 dos autos. Observou que mais de 90% do faturamento da empresa autuada é proveniente de industrialização que utiliza o benefício do Crédito Presumido quando das saídas de seus produtos, que ficam desonerados da tributação.

Em relação à decadência arguida pela defendente sustenta a aplicação ao caso das disposições do art. 173 do CTN, segundo o qual o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador; em concordância com o previsto no art. 107-B do Código Tributário do Estado da Bahia -Lei 3.956/81 e art. 965 do RICMS/BA.

Reconheceu caber razão à defendente em relação ao lançamento do ICMS efetuado no mês de janeiro que é de R\$828,40 (oitocentos e vinte e oito reais e quarenta centavos), e equivocadamente foi transportado para o demonstrativo dos autos o valor de R\$1.811,19 (um mil, oitocentos e onze reais e dezenove centavos), conforme demonstrativo de fl. 20 dos autos. Modificou os valores constantes dos Demonstrativos, juntado ao PAF nova peça para posterior ciência à autuada, com as respectivas cópias (doc. fls. 385/386).

Finalizou a peça informativa pedindo que o A.I. seja julgado PARCIALMENTE PROCEDENTE, com a alteração tão somente da cobrança relacionada ao fato gerador do mês de janeiro de 2009.

O contribuinte foi notificado do inteiro teor da informação fiscal, via A.R. (correios), em 23/12/14, e apresentou MANIFESTAÇÃO protocolada em 21/01/2015 (fls. 393/399), ocasião em que reiterou os termos da sua defesa em relação à total improcedência da Infração 01, ou o acolhimento da decadência dos créditos tributários lançados entre janeiro e setembro de exercício de 2009.

O PAF foi distribuído para a 5ª JJF e convertido em diligência solicitada em 20 de agosto de 2015 e apensada às fls. 459/460 do PAF, formatada nos seguintes termos:

Restringe-se o pedido de diligência à infração nº 1, com a seguinte imputação:

(...).

No tocante à exigência fiscal em lide a defesa declarou que a cobrança decorreu de um equívoco de interpretação do autuante, ao enquadrar as operações de remessa de peças para troca em garantia nas disposições do Dec. nº 4.316/95, posto que a citada norma, em seu art. 2º, alcança tão somente as operações de saídas de produtos resultantes da industrialização.

Por sua vez os créditos glosados pela fiscalização eram originários de entradas de peça em retorno, por substituição em garantia, trocadas pelas peças defeituosas enviadas pela impugnante para os estabelecimentos autorizados (oficinas autorizadas). Esclareceu, mais à frente, que as saídas de peças para substituição em garantia ocorrem com tributação do ICMS, sendo destacado o imposto na respectiva nota fiscal, tanto na remessa da peça defeituosa ao estabelecimento credenciado, quanto no retorno da peça remetida em substituição.

Juntou ao PAF cópias dos documentos fiscais de remessa e retorno em garantia (fls. 294 a 368).

Entende que as referidas operações não estão submetidas ao regramento previsto no art. 2º do Dec. nº 4.316/95, pelo simples fato de não se tratar de saída de produto industrializado pela impugnante.

Apontou ainda erro material do lançamento relativamente ao fato gerador do mês de janeiro de 2009, ocasião em que o autuante ao transpor os valores exigidos para o Demonstrativo de Débito, equivocadamente lançou o valor recolhido, na cifra de R\$1.811,19 em lugar do suposto valor a recolher, no importe de R\$828,40, gerando indevido aumento do ICMS.

Requeru a realização de diligência fiscal, nos termos do disposto nos arts. 123, § 3º e 145 do RPAF/99, na hipótese de remanescer alguma dúvida acerca dos créditos fiscais apropriados pelo estabelecimento autuado no tocante às operações de retorno de mercadorias remetidas em substituição por garantia.

A autuante prestou informação fiscal (fls. 381/384). Após transcrever as disposições do Dec. nº 4.316/95, fez menção ao regramento contido no art. 1º, inc. I, letra "b", que estabelece o diferimento do imposto relativamente às aquisições do exterior de componentes, partes e peças quando destinados à utilização em serviço de assistência técnica, para o momento em que ocorrer a saída dos mesmos do estabelecimento industrial importador. Observou que no período objeto da fiscalização (2009 e 2010) o coeficiente de industrialização, foi respectivamente de 94,71% e 92,87%, com aproveitamento dos créditos presumidos relativo a essas saídas no livro RAICMS.

Acatou os argumentos defensivos relacionados ao erro material do mês de janeiro de 2009, reduzindo o valor do débito dessa ocorrência para o montante de R\$828,40. Anexou no PAF novo Demonstrativo de Débito (doc. fls. 385/386).

Instado a se manifestar mais uma vez processo, o contribuinte ingressou com nova petição, acostada às fls. 393 a 399 dos autos. Reiterou os termos da defesa inicial acrescentando que as disposições da alínea "b", do inc. I, do art. 1º do Dec. nº 4.316/95, relativamente ao crédito presumido previsto no art. 2º da norma, somente tem aplicação quando a substituição da peça ocorrer no próprio estabelecimento industrial, antes da saída do produto final. Enfatizou ainda que tratando-se de remessa de peças, partes ou componentes para substituição em garantia, as peças importadas são enviadas para substituição sem que tenha ocorrido qualquer processo de industrialização, com tributação do ICMS, sendo destacado o imposto na respectiva nota de remessa, sem que o estabelecimento se credite do ICMS destacado. Que os créditos glosados na ação fiscal decorreram da entrada das peças em retorno, por substituição em garantia, que são trocadas pelas peças enviadas pela impugnante para os estabelecimentos autorizados.

DA DILIGÊNCIA

1 - Visando buscar a verdade material, princípio que norteia as decisões no âmbito administrativo, o PAF deverá ser encaminhado à ASTEC/CONSEF para que esta intime o contribuinte visando:

- a) vincular as notas fiscais de saídas relativas às operações de remessa de peças novas para troca em garantia, destinadas aos estabelecimentos autorizados, com as notas fiscais de retorno das peças defeituosas (operação a operação);*
- b) cumprida a etapa acima, o diligente deverá verificar na escrita fiscal do contribuinte se as operações de remessa (saídas) de peças novas para troca em garantia e os respectivos retornos das peças defeituosas (entradas) foram objeto de tributação do ICMS, ou seja, se houve efetivamente débito na operação de remessa e apropriação de créditos nos retornos das peças substituídas, e qual a base de cálculo adotada pelo contribuinte nas respectivas operações;*
- c) informar ainda qual a destinação foi dada pela empresa autuada às peças defeituosas recebidas dos estabelecimentos autorizados.*

2 - Cumprida a diligência acima, a ASTEC deverá dar ciência ao autuante e autuado do inteiro teor desta peça processual, sendo-lhes assegurado o prazo de 10 (dez) dias para manifestação.

3 - Em seguida o PAF deverá retornar ao CONSEF visando o julgamento da impugnação interposta pelo sujeito passivo.

A ASTEC, através do Parecer nº 97/2016, de 04 de outubro de 2016, apresentou as seguintes conclusões abaixo reproduzidas:

01 - O contribuinte foi intimado a vincular as notas fiscais de saídas relativas às operações de peças novas para troca em garantia, destinadas aos estabelecimentos autorizados, com as notas fiscais de retorno de peças defeituosas (operação a operação). O autuado se manifestou apresentando CD contendo Demonstrativo das operações de remessa e de retorno, uma a uma, notas fiscais de entradas e saídas e livros de Entradas e Saídas de Mercadorias.

02 – Foram verificados os documentos fiscais correspondentes as operações listadas acima, constatando que o autuado apresentou as notas fiscais de saídas, juntamente com as notas fiscais de retorno, vinculando uma a uma às operações efetuadas, conforme CD apresentado e anexado à fl. 473. Foi verificado na escrita fiscal e constatado que houve lançamentos a débito com os respectivos créditos quando do retorno.

As alíquotas adotadas pelo contribuinte foram 7%, 12% e 17%, conforme a situação.

Foi anexado a título de amostragem, devido ao grande número de documentos, notas fiscais de saídas e de retornos, fls. 480/487 e 520/525; demonstrativos de fls. 488/506 e cópias reprográficas dos livros Registro de Entradas e Saídas de Mercadorias (fls. 507 a 519).

03 – Que a destinação das peças defeituosas recebidas dos estabelecimentos autorizados, quando não aproveitadas para conserto, foi o descarte na condição de “sucatas”.

O contribuinte, através de seus advogados, se manifestou acerca da diligência executada pela ASTEC, em petição acostada às fls. 531 a 534 dos autos. Afirmou, a partir dos resultados advindos da diligência fiscal, ter sido demonstrado que as saídas de peças em substituição em garantia foram tributadas normalmente sob a alíquota de 7%, 12% e 17%, conforme operação interna ou interestadual.

Entende, portanto, ter sido confirmada a premissa indicada na defesa, no sentido de que as operações autuadas não estavam sujeitas ao regramento do Decreto nº 4.316/95, conforme inclusive atestado pelo Parecer nº 12056/2009 da SEFAZ, pelo que houve débito do ICMS devidamente lançado por ocasião das saídas das peças destinadas à substituição em garantia.

Assim, tratando-se de remessa para substituição em garantia, cujo ICMS foi lançado na saída, prevaleceria o direito da Impugnante ao crédito destacado nas Notas fiscais de retorno com a peça defeituosa, sendo indevida a glosa perpetrada pela fiscalização e improcedente a autuação.

Por fim, reiterou a impugnante os argumentos pela improcedência da infração, confirmados pela diligência fiscal perante a ASTEC, no sentido de que, tratando-se de remessa para substituição em garantia, cujo ICMS foi lançado na saída, prevaleceria o direito ao crédito destacado nas notas fiscais de retorno com a peça defeituosa, conforme entendimento já afirmado pela SEFAZ quando do Parecer nº 12056/2009 e também por este E. CONSEF, quando do julgamento do PAF 294888.0001/10-3 (CJF nº 0479-13/13).

O autuante, por sua vez, após o seu ciente acerca do Parecer da ASTEC nº 97/2016, em 26/12/2016, nada mais acrescentando ao que já havia sido exposto na fase de informação fiscal.

VOTO

O presente processo administrativo fiscal é composto de 05 (cinco) imputações conforme foi detalhadamente exposto no relatório.

O contribuinte, na fase de defesa, impugnou tão somente a infração 01 que envolve o direito ao crédito fiscal relativamente às operações acobertadas por notas fiscais emitidas para substituição em garantia de peças de equipamentos de informática fabricados pelo estabelecimento fabril da autuada.

A defesa interpretou que essas operações não estão submetidas ao regime tributário instituído pelo Decreto nº 4.316/95 que estabelece o crédito presumido nas saídas de produtos resultantes da industrialização. Os créditos glosados pela fiscalização eram originários de entradas de peças em retorno, por substituição em garantia, trocadas pelas peças defeituosas enviadas pela impugnante para os estabelecimentos autorizados (oficinas autorizadas). Esclareceu, mais à frente, que as saídas de peças para substituição em garantia ocorrem com tributação do ICMS, sendo destacado o imposto na respectiva nota fiscal, tanto no retorno da peça defeituosa processada pelo estabelecimento credenciado, quanto na remessa da peça nova enviada para a substituição.

Já o autuante entende que a atividade do contribuinte regida pelo referido Decreto não admite a apropriação de qualquer crédito fiscal de ICMS para compensação com operações tributadas.

Para dirimir a questão o PAF foi encaminhado para diligência junto à ASTEC/CONSEF para a adoção das seguintes medidas saneadoras:

- a) *fazer a vinculação das notas fiscais de saídas relativas às operações de remessa de peças novas para troca em garantia, destinadas aos estabelecimentos autorizados, com as notas fiscais de retorno das peças defeituosas (operação a operação);*
- b) *verificar na escrita fiscal do contribuinte se as operações de remessa (saídas) de peças novas para troca em garantia e os respectivos retornos das peças defeituosas (entradas) foram objeto de tributação do ICMS, ou seja, se houve efetivamente débito na operação de remessa e apropriação de créditos nos retornos das peças substituídas, e qual a base de cálculo adotada pelo contribuinte nas respectivas operações;*
- c) *informar ainda qual a destinação foi dada pela empresa autuada às peças defeituosas recebidas dos estabelecimentos autorizados.*

A ASTEC, através do Parecer Técnico nº 97/2016, de 04 de outubro de 2016, apresentou as seguintes conclusões abaixo reproduzidas:

01 - O contribuinte foi intimado a vincular as notas fiscais de saídas relativas às operações de peças novas para troca em garantia, destinadas aos estabelecimentos autorizados, com as notas fiscais de retorno de peças defeituosas (operação a operação). O autuado se manifestou apresentando CD contendo Demonstrativo das operações de remessa e de retorno, uma a uma, notas fiscais de entradas e saídas e livros de Entradas e Saídas de Mercadorias.

02 – Foram verificados os documentos fiscais correspondentes as operações listadas acima, constatando que o autuado apresentou as notas fiscais de saídas, juntamente com as notas fiscais de retorno, vinculando uma a uma às operações efetuadas, conforme CD apresentado e anexado à fl. 473. Foi verificado na escrita fiscal e constatado que houve lançamentos a débito com os respectivos créditos quando do retorno.

As alíquotas adotadas pelo contribuinte foram 7%, 12% e 17%, conforme a situação.

Foi anexado a título de amostragem, devido ao grande número de documentos, notas fiscais de saídas e de retornos, fls. 480/487 e 520/525; demonstrativos de fls. 488/506 e cópias reprográficas dos livros Registro de Entradas e Saídas de Mercadorias (fls. 507 a 519).

03 – Que a destinação das peças defeituosas recebidas dos estabelecimentos autorizados, quando não aproveitadas para conserto, foi o descarte na condição de “sucatas”.

O parecer da ASTEC revela que a operação objeto da exigência fiscal não se submetia ao regramento do Dec. Estadual nº 4.136/95. As operações de saídas de peças defeituosas e posterior remessa, em substituição, das peças novas em garantia realizadas entre o contribuinte autuado e as empresas que integram a rede de assistência técnica aos consumidores, é regida pelas regras de tributação normal, previstas nos art. 516 a 520 do RICMS/97, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores. Dessa forma, as peças que o contribuinte remeter para a rede de assistência técnica especializada com o fim de troca em garantia devem ser tributadas normalmente e o remetente poderá lançar a crédito o valor do imposto incidente nas aquisições das peças utilizadas para a reposição de seus estoques.

Nesse mesmo sentido foi o entendimento que foi plasmado na decisão proferida pela 3ª Câmara do CONSEF, quando do julgamento do PAF nº 294888.0001/10-3, lavrado contra a mesma empresa. Essa decisão foi proferida em 25/11/2013, em sede de Recurso Voluntário, e publicada em 20/12/2013, através do Acórdão nº 0479-13/13, com a seguinte Ementa.

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACORDÃO CJP Nº 0479-13/13

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MERCADORIAS ADQUIRIDAS DESTINADAS AO ATIVO PERMANENTE. Restou comprovado que a empresa é beneficiária do Dec. 4.316/95 sendo dispensada do pagamento do imposto relativo à importação ou aquisição interna de bens do ativo imobilizado e conseqüentemente não faz jus à utilização de crédito fiscal relativo à aquisição destes bens. **Infração procedente. b) RETORNO DE PRODUTOS REMETIDOS PARA SUBSTITUIÇÃO EM GARANTIA. Tendo sido tributadas as remessas para substituição em**

garantia, pois, não estão alcançadas pelo benefício do Decreto 4.316/95, é cabível a utilização do crédito no retorno dessas mercadorias (...)

Observo que neste processo em similitude ao acima mencionado, que a autuação parte de uma premissa que não está provada nos autos, de que as saídas para substituição em garantia, troca, conserto etc. foram beneficiadas pelo crédito presumido do Decreto Estadual nº 4.316/95.

Diante das provas trazidas aos autos pela ASTEC, na diligência encaminhada por esta 5ª JJF, conclui-se que tais saídas foram tributadas normalmente. Assim é cabível o creditamento do ICMS no retorno das mercadorias em substituição às peças defeituosas.

Ademais, há de se observar que a autuada fez um consulta prévia à SEFAZ-BA sobre a questão e obteve como resposta a informação de que saídas para substituição em garantia deverão ser tributadas normalmente e será possível lançar o crédito referente ao imposto incidente em suas aquisições. Trata-se da Consulta de nº 10453820097, constante à fl. 369 dos autos. Que assim dispôs:

“Parecer Final:

O contribuinte acima qualificado dirige consulta a esta Administração Tributária, nos moldes do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Dec. 7.629/99, no tocante ao tratamento tributário dispensado às remessas de peças para a rede de assistência credenciada, considerando que, por ser beneficiário do Decreto nº 4.316/95, não pode se creditar do imposto incidente nas aquisições de matéria-prima. RESPOSTA. A questão abordada na petição apresentada deve ser respondida a partir da interpretação do art. 4º do Decreto 4.316/95, que assim estabelece:

‘Art. 4º. Fica vedada a utilização de crédito fiscal relativo a operações ou prestações anteriores vinculadas à industrialização dos produtos abrigados pelo tratamento tributário previsto neste decreto.’ Da análise do dispositivo, verifica-se que a vedação ali estabelecida alcança apenas os créditos relativos às operações ou prestações anteriores vinculadas à industrialização dos produtos abrigados pelo tratamento tributário previsto no Decreto 4.316/95, o que não é o caso das peças que são remetidas pelos contribuintes beneficiários à rede de assistência técnica para a reposição em garantia. Dessa forma, temos que das peças que remeter a rede de assistência técnica especializada com o fim de reposição em garantia devem ser tributadas normalmente e o Consulente poderá lançar a crédito o valor do imposto incidente nas aquisições.’

Inerente à alegação relativa à extinção de parte do crédito tributário (janeiro a setembro de 2009) em face da sua decadência, por força do art. 156, V, c/c art. 150, § 4º, todos do CTN, julgo essa questão prejudicada em face da notória improcedência da exigência fiscal que integra o item 01 do A.I. no tocante à exigibilidade do tributo frente à legislação do ICMS.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, ficando mantidos tão somente os itens 02, 03, 04 e 05 do lançamento de ofício, que não foram objeto de impugnação, havendo, inclusive, declaração expressa da defesa, à fl. 259 do PAF, de que iria providenciar a quitação das mesmas, para posterior extinção da obrigação tributária nos termos do art. 156, I, do Código Tributário Nacional (CTN).

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **294888.0003/14-9**, lavrado contra **ZMAX INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. (DATEN TECNOLOGIA LTDA.)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$570,09**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, letra “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias, totalizando o valor de **R\$740,00**, previstas no art. 42, XV, “d” e XVIII, letras “b” e “c” da citada Lei e dos acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05.

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, 29 de março de 2017.

ANGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE

TOLSTOI SEARA NOLASCO – RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA