

PROCESSO - A.I. Nº 180573.0003/03-2
RECORRENTE - OFFICINALIS QUÍMICA E FARMACÊUTICA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JF nº 0235-02/03
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 07/11/2003

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0568-11/03

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. **a)** FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. MULTA. Infração subsistente, cabendo a multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas por descumprimento de obrigação acessória. **b)** FALTA DE APRESENTAÇÃO. MULTA. ARQUIVO MAGNÉTICO REFERENTE AO RESUMO DOS VALORES DAS OPERAÇÕES. Infração caracterizada. Não acolhida a preliminar de nulidade. 2. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. LISTA DE SERVIÇOS. INDUSTRIALIZAÇÃO DE MERCADORIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ADICIONADO. Modificada a decisão. No caso em exame, o imposto relativo ao valor acrescido, em retorno dos produtos industrializados ao estabelecimento de origem, se encontra amparado pelo diferimento do seu lançamento, pois, cumulativamente, o autor da encomenda e o estabelecimento industrializador estão situados neste Estado e as mercadorias são destinadas a comercialização ou a industrialização com subsequente saída tributada (art. 617, do RICMS/97), além de ser dispensada a habilitação prévia, *ex vi* do Parágrafo único do mesmo artigo. Exigência insubsistente. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão não unânime quanto às infrações 2 e 4. Decisão não unânime em relação à infração 1.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra a Decisão da 2ª JF, que julgou o Auto de Infração Procedente – Acórdão JF nº 0235-02/03 – lavrado em decorrência das seguintes irregularidades:

1. multa correspondente a 10% do valor comercial das mercadorias tributáveis, entradas no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, inerentes aos exercícios de 2000 e 2001, consoante documentos às fls. 14 e 33 a 42 do PAF;
2. falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$ 4.651,20, relativo ao valor adicionado na industrialização de mercadorias, quando do retorno no mês de junho de 2000 ao estabelecimento autor da encomenda, conforme demonstrativo e documentos às fls. 15 e 43 a 53 dos autos;
3. falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$ 1.194,08, por ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, nos meses de março de 2000 e janeiro de 2001, consoante documentos às fls. 16 e 54 a 60 dos autos;

4. multas correspondentes a 1% do valor das operações realizadas no período, por não ter apresentado os arquivos magnéticos com registros das operações, apesar de regularmente intimado para cumprimento da obrigação, conforme documentos às fls. 9, 11, 17 e 18 dos autos.
5. multa de R\$ 240,00, inerente ao exercício de 2001, por não ter apresentado comprovantes das operações ou prestações contabilizadas quando intimado, conforme fls. 12 e 13 dos autos.

Inicialmente, o recorrente informou que reconhece as infrações 3 e 4 [pelo teor do recurso voluntário, acredito que este se equivocou ao apontar o item 4, quando, infere-se, se reportava ao item 5], pretendendo impugnar, somente, os itens 1, 2 e 4.

Quanto ao item 1, disse que, também, reconhece a sua procedência parcial, no que tange as notas fiscais cujos valores estão consignados em R\$75.000,00 e àquela no valor de R\$71,60 [o valor desta nota fiscal é R\$716,00], mas, com referência às demais notas fiscais, afirmou que sequer tinha conhecimento da aquisição das mercadorias constantes nas mesmas, só vindo a ter acesso a informação das supostas aquisições quando o autuante apresentou as notas fiscais, e que desconhecia, ignora, a própria existência da empresa fornecedora, com a qual jamais celebrou qualquer transação comercial.

Ressaltou que a sua evolução de compras aponta para uma aquisição máxima mensal de 8.000 litros de álcool, como se poderá verificar dos registros de suas compras de todos os anos da sua existência, mas, todavia, cada uma das notas fiscais apresentadas pelo autuante registra o dobro da sua capacidade ordinária, demonstrando assim um total descompasso entre a sua rotina e as aquisições efetivadas através das notas fiscais colacionadas pelo representante do Fisco.

Trouxe à colação certidões da própria Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, através das quais restaria comprovado que a Comercial de Alcool e Aguardente Aline Ltda encontra-se cadastrada como empresa “inidônea” e a empresa Crase Comercial está tipificada na situação “não localizada”, o que demonstraria que vem sendo reiteradamente praticada no Brasil, por empresas fictícias ou de “fachada”, a fraude da utilização de dados cadastrais de empresas regulares e ativas, para enviar mercadorias para a Bahia.

No que concerne ao item 4, em preliminar, suscitou a nulidade do mesmo, em razão da imprecisão da imputação posta, que aponta 3 (três) possíveis irregularidades distintas, quando descreve: “deixou de fornecer arquivos magnéticos com informações das operações ou prestações realizadas, ou entregou os referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitaram sua leitura”, em flagrante cerceamento ao seu direito de defesa, aduzindo que a informação fiscal *a posteriori* não tem o condão de sanar a questão prejudicial relevante do ato da administração.

No mérito, esclareceu que, no decorrer da ação fiscal, toda a documentação contábil e fiscal foi apresentada tempestivamente, dentre elas, o livro registro de entradas e saídas, o registro de inventários, apuração do ICMS, como faria prova o termo de arrecadação de livros e documentos, cuja cópia afirmou ter juntado.

Pontuou que só possui em meio magnético os livros contábeis e desta forma, tempestivamente, foram apresentados, mas que, todavia, no que diz respeito às notas fiscais, estas não são emitidas em meio magnético, sendo exaradas na forma convencional, situação esta que foi devidamente esclarecida ao autuante através da sua contadora e do representante da empresa.

Mencionou que não foi considerado pelo autuante, e por esta razão a autuação não deve prosperar, a alteração inserta pelo Convênio nº 66/98, através do item 2.2.3, que determinou a dispensa da manutenção do registro fiscal por item de mercadoria quando o estabelecimento utilizar sistema eletrônico de processamento de dados somente para a escrituração de livro fiscal.

No tocante à infração 2, assegurou que merece reforma a Decisão recorrida, pois o autuante consignou a cobrança do crédito fiscal sob a alegação de que o contribuinte teria deixado de recolher o ICMS relativo ao valor adicionado, em razão da industrialização de mercadorias, quando do retorno ao estabelecimento autor da encomenda, e no voto do relator do PAF ficou clara a condição para incidência do ICMS, que seria justamente a posterior comercialização ou industrialização do produto resultante do serviço prestado pela empresa autuada.

Disse que a atividade que realizou enquadra-se, perfeitamente, no item 72 da lista estatuída pelo Decreto n.º 406/68, repetida pela Lei Complementar nº 56/87, que atribui a incidência do imposto municipal (ISS), para os serviços de “recondicionamento, acondicionamento, pintura, beneficiamento, lavagem, secagem, tingimento, galvanoplastia, anodização, corte, recorte, polimento, plastificação e congêneres, de objetos não destinados à industrialização ou comercialização.

Asseverou que a questão está na destinação do produto, sendo que, no relato da Decisão recorrida, afirmou-se que o produto resultante da mistura das substâncias “Xileno e Servo CW 250” seria para posterior comercialização ou industrialização, mas esta afirmação não corresponde a realidade dos fatos, pois o produto resultante da combinação efetivada tem como exclusiva função ser utilizado pela própria tomadora do serviço para uso em suas próprias atividades, como material auxiliar na perfuração de poços, conseqüentemente, não se enquadrando na única ressalva contida na Lista de Serviços do ISS capaz de gerar a incidência do ICMS.

Concluiu requerendo a improcedência dos itens 1 (com as ressalvas consignadas), 2 e 4 da autuação, reformando-se a decisão prolatada em primeiro grau.

A representante da PGE/PROFIS propôs a esta 1ª CJF que o PAF fosse convertido em diligência a ser realizada por preposto da ASTEC, para que fossem esclarecidos os seguintes quesitos:

1. as empresas CRASEC COMERCIAL LTDA e COMÉRCIO DE ALCÓOL ALINE LTDA são fornecedores da autuada?
2. em caso afirmativo, com que habitualidade?
3. as quantidades adquiridas por essas notas fiscais superam as aquisições da empresa em média?
4. essas quantidades supostamente adquiridas podem ser estocadas pela autuada?

O recorrente ingressou com petição solicitando a juntadas de 2 (duas) certidões emitidas pelo Secretário da Fazenda de São Paulo, e uma carta emitida pela Petrobrás Distribuidora S.A.

Em Pauta Suplementar, esta 1ª CJF indeferiu a diligência proposta pela representante da PGE/PROFIS, nos seguintes termos:

“Esta 1ª CJF, na apreciação da diligência proposta pela Representante da PGE/PROFIS, em Pauta Suplementar, concluiu pelo seu indeferimento, em primeiro lugar porque os elementos constantes nos autos são suficientes para a formação da convicção dos membros do Colegiado, e, em segundo, em razão da farta jurisprudência, deste CONSEF, sobre este tema.

Assim, os autos devem retornar a proponente, para emissão do parecer conclusivo.”

A representante da PGE/PROFIS, na sua manifestação, disse que, em relação à infração 1 assiste razão ao ilustre relator quando indefere a diligência requerida, pois as notas fiscais recolhidas pela fiscalização indicam que o autuado era o destinatário das mercadorias ali consignadas e não são suficiente os argumentos do recorrente tentando negar a infração.

No que tange ao descumprimento da obrigação acessória descrito no item 4 do auto, entendeu restar comprovado e não elidido pelo recorrente que efetivamente não foram entregues à fiscalização os arquivos magnéticos a que se refere, também não havendo como prosperar a arguição de nulidade sustentada, pois a infração está corretamente descrita, possibilitando a total defesa do autuado.

Em relação à última infração impugnada, lecionou que se trata de uma questão jurídica referente à incidência de ICMS e ISS, onde o entendimento da interpretação da legislação tributária consiste em fato gerador do imposto de competência estadual, pois a situação fática trata de industrialização de mercadorias, e a base de cálculo é relativa ao valor adicionado, operação que não está na incidência do ISS.

Opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, posto que as razões oferecidas pelo recorrente são inócuas, inaptas para proporcionar a modificação do julgamento.

VOTO

Em preliminar, o recorrente suscitou a nulidade do item 4 da autuação, em razão da imprecisão da imputação posta, que aponta 3 (três) possíveis irregularidades distintas, quando descreve: “deixou de fornecer arquivos magnéticos com informações das operações ou prestações realizadas, ou entregou os referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitaram sua leitura”, em flagrante cerceamento ao seu direito de defesa, aduzindo que a informação fiscal *a posteriori* não tem o condão de sanar a questão prejudicial relevante do ato da administração.

De fato, a “acusação genérica” (que podemos chamar de título da acusação), predeterminada pelo sistema automatizado de emissão de Auto de Infração, aponta três infrações, só que, logo em seguida, o autuante define a “acusação específica” para o caso, como se vê à fl. 3 do PAF, a saber: *“após efetuadas duas intimações, não apresentou o arquivo em meio magnético.”*

Estas intimações se encontram às fls. 9 e 11 dos autos, o contribuinte ou o seu representante legal tomou ciência das mesmas na forma regulamentar, e não pode, agora, alegar desconhecimento da sua existência.

Destarte, não acolho a preliminar argüida.

Quanto ao item 1, o recorrente, somente, nega que tenha adquirido a mercadoria constante nas notas fiscais emitidas por Comercial de Alcool e Aguardente Aline Ltda e Crase Comercial, tendo sido estas capturadas pelo Sistema CFAMT (Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito).

A título de esclarecimento, este sistema foi desenvolvido pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia para que se pudesse ter o controle das mercadorias em trânsito pelo território deste Estado, e consiste na coleta, nos postos fiscais do percurso, das notas fiscais que acompanham as mercadorias, e sistematizá-las para confronto com os registros fiscais, e também contábeis, do contribuinte.

Este Colegiado tem, reiteradamente, decidido que, em sendo as notas fiscais contratos simplificados de compra e venda, onde estão identificados quem vende, quem compra, a mercadoria ou bem objeto desta operação mercantil, sua quantidade e valor, e que, no presente caso, são oriundas de outra unidade da Federação (São Paulo), por terem sido capturas em território baiano, são provas incontestes de seu ingresso neste Estado e, consequentemente, no estabelecimento do contribuinte destinatário.

Assim, a lavratura de Auto de Infração, utilizando como esteio notas fiscais capturadas pelo Sistema CFAMT, tem respaldo legal.

Trouxe, também, a alegação de que a sua evolução de compras aponta para uma aquisição máxima mensal de 8.000 litros de álcool, como se poderia verificar dos registros de suas compras de todos os anos da sua existência, mas, todavia, cada uma das notas fiscais apresentadas pelo autuante registra o dobro da sua capacidade ordinária, o que demonstraria um total descompasso entre a sua rotina e as aquisições efetivadas através das notas fiscais colacionadas pelo representante do Fisco.

Para azar do recorrente, encontram-se apensadas ao PAF (fls. 54, 61, 62, 64 e 65) notas fiscais de entrada e de saída de álcool metílico (Metanol), referentes a operações realizadas em fevereiro e março de 2000, apenas, movimentando a quantidade superior a 118 (cento e dezoito) toneladas do produto.

Ruiu este argumento defensivo.

Considerando o teor dos art. 142 e 143, do RPAF/99, que rezam que a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária, e que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da atuação fiscal, reputo correto este item do Auto de Infração.

Em relação à infração 2, que trata da falta de recolhimento do ICMS, relativo ao valor adicionado na industrialização de mercadorias, quando do retorno ao estabelecimento autor da encomenda, o recorrente argumenta que a operação que praticou é sujeita à tributação pelo ISS, e, conseqüentemente, não há incidência do ICMS, pois esta estaria enquadrada no item 72, da Lista de Serviços.

Ocorre que o próprio autuado informa que operação tratou-se de mistura das substâncias “Xileno e Servo CW 250”, sob encomenda da Petrobrás Distribuidora S.A., e, obviamente, misturando-se duas substâncias para obtenção de uma terceira, a operação está compreendida no conceito de industrialização, portanto, fora dos serviços listados no item 72, da Lista de Serviços, e sujeita à incidência do ICMS, como preceituam os art. 1º, § 2º, II, “a”, e 2º, VI, “b”, do RICMS/97.

No entanto, no caso em exame, o imposto relativo ao valor acrescido, em retorno dos produtos industrializados ao estabelecimento de origem, se encontra amparado pelo diferimento do seu lançamento, pois, cumulativamente, o autor da encomenda e o estabelecimento industrializador estão situados neste Estado e as mercadorias são destinadas à comercialização ou à industrialização com subseqüente saída tributada (art. 617, do RICMS/97), além de ser dispensada a habilitação prévia, *ex vi* do Parágrafo único do mesmo artigo.

Não procede esta exigência.

Por fim, quanto ao item 4, que aplica multas correspondentes a 1% do valor das operações realizadas no período, por não terem sido apresentados os arquivos magnéticos com registros das operações, apesar de regularmente intimado para cumprimento da obrigação, o recorrente admite que não os possui, pois tão-somente emite arquivos magnéticos de sua contabilidade. Lembro que nem estes foram apresentados.

A combinação dos artigos 683, II, e 686, do RICMS/97, determina que os contribuintes que utilizarem sistema eletrônico de processamento de dados para escrituração dos seus livros fiscais, que é o caso do autuado, estão obrigados a manter, pelo prazo decadencial, o arquivo magnético com registro fiscal dos documentos emitidos por qualquer meio (inclusive notas fiscais emitidas manualmente), referente à totalidade das operações de entrada e de saída e das aquisições e prestações realizadas no exercício de apuração.

Já o art. 708-B, do mesmo Regulamento, obriga o contribuinte a fornecer ao fisco os documentos e o arquivo magnético, no prazo de 5 dias úteis contados da data do recebimento da intimação, sem prejuízo do acesso imediato às instalações, equipamentos e informações em meios magnéticos, e que este arquivo magnético deverá ser entregue devidamente criptografado e validado eletronicamente por programa disponibilizado pela Secretaria da Fazenda, com todos os registros correspondentes às operações desenvolvidas pelo contribuinte.

Intimado, por duas vezes, para cumprir estes mandamentos, o recorrente não atendeu as intimações, o que lhe sujeitou a aplicação da penalidade prevista no art. 42, XIII-A, “g”, da Lei n.º 7.014/96.

Pelo que expus, concluo que a Decisão recorrida necessita de reparos, e o meu voto é pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para modificá-la e julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração, com a exclusão da infração 2.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade quanto às infrações 2 e 4 e em decisão não unânime em relação a infração 1, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão Recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **180573.0003/03-2**, lavrado contra **OFFICINALIS QUÍMICA E FARMACÊUTICA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.194,08**, sendo R\$1.074,02, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, e R\$120,06, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da citada lei, e demais acréscimos legais, além das multas que totalizam **R\$61.341,99**, sendo R\$15.506,02, atualizado monetariamente, e R\$45.835,97, com os respectivos acréscimos legais, assim como a multa fixa no valor no valor de R\$270,00, previstas no art. 42, IX, e XIII-A, “g”, e XX, “a” e “b”, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.534/02.

VOTO VENCEDOR (EM RELAÇÃO AO ITEM 1): Conselheiros (as) Marcos Rogério Lyrio Pimenta, Antonio Ferreira de Freitas, Ivone de Oliveira Martins e Ciro Roberto Seifert.

VOTO (VENCIDO EM RELAÇÃO AO ITEM 1): Conselheiros (as): Alberto Nunes Vaz da Silva e Carlos Antonio Borges Cohim da Silva.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de outubro de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

CIRO ROBERTO SEIFERT – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS