

A. I. N° - 180573.0003/03-2
AUTUADO - OFFICINALIS QUÍMICA E FARMACÊUTICA LTDA.
AUTUANTE - ARISTON ALVES DA SILVA
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 03.07.03

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0235-02/03

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) REGISTRO DE OPERAÇÃO TRIBUTADA COMO NÃO TRIBUTADA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração acatada pelo autuado. c) FALTA DE APRESENTAÇÃO. MULTA. c.1) ARQUIVO MAGNÉTICO REFERENTE AO RESUMO DOS VALORES DAS OPERAÇÕES. Infração caracterizada. c.2) COMPROVANTES DAS OPERAÇÕES CONTABILIZADAS. Exigência acatada. Aplicada a penalidade prevista para o momento do descumprimento da obrigação acessória. 2. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. LISTA DE SERVIÇOS. INDUSTRIALIZAÇÃO DE MERCADORIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ADICIONADO. É devido o imposto sobre o valor acrescido da mercadoria submetida a processo de industrialização que não implique prestação de serviço compreendido na competência tributária municipal, ainda que o processo não envolva aplicação ou fornecimento de qualquer insumo. Exigência subsistente. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 31/03/03, exige o valor de R\$ 67.427,27, em razão:

1. da multa de R\$ 19.276,60, 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. da 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. da 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. das multas nos valores de R\$ 3.801,02 e R\$ 38.264,37, relativas, respectivamente, aos exercícios de 2000 e 2001, correspondente 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. da 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.

O autuado, através de sua advogada legalmente habilitada, apresenta impugnação, às fls. 159 e 168 dos autos, onde, inicialmente, pede, sob pena de nulidade, que toda intimação seja encaminhada à sua procuradora. Em seguida, preliminarmente, requer a nulidade do Auto de Infração face a ausência do indispensável “Termo de Início de Fiscalização”. Cita decisões do CONSEF neste sentido. No mérito, reconhece devidas as infrações “03” e “05” e impugna as demais, pelas seguintes razões:

1. Não ter efetuado parte das compras das mercadorias, tidas como não registradas, pois nunca celebrou qualquer transação comercial com a empresa Comércio de Alcool e Aguardente Aline Ltda. e Crase Comercial Ltda., as quais encontram-se “NÃO HABILITADAS” no SINTEGRA desde 1997 e 1999, respectivamente, antes portanto das emissões das notas fiscais, objeto da ação fiscal, o que prova de que se tratam, efetivamente, de venda com utilização indevida dos dados cadastrais do autuado. Neste sentido, registra que a compra máxima mensal de álcool é de 8.000 litros, enquanto cada uma das notas fiscais registra o dobro da capacidade ordinária do autuado. Quanto as demais notas fiscais, objeto da primeira infração, reconhece a procedência da autuação, ocasionada por mero equívoco no envio dos documentos à contabilidade.
2. Que a operação, objeto do ICMS exigido na segunda infração, foi fruto de “encomenda” da Petrobrás Distribuidora S/A ao autuado, cujo contrato objetiva misturar determinadas substâncias, fornecidas pelo contratante, da qual resultará o produto final que será devolvido ao encomendante, logo, trata-se de prestação de serviço do contratado, que nada acrescenta por sua conta e risco, se restringindo apenas a função de misturar determinadas substâncias dentro de condições especiais e, posteriormente, acondicioná-las em recipientes próprios. Assim, entende existir uma diferença clara entre o contrato de compra e venda mercantil, fato gerador do ICMS. Cita lições doutrinárias sobre o contrato de empreitada, por entender similar ao caso em questão. Por fim, caso o CONSEF entenda de forma diversa, desde já impugna a base de cálculo eleita pelo autuante, por considerar o valor global da operação, quando na verdade deveria restringir-se ao valor agregado ao produto e não o valor total dos serviços prestados.
3. Inicialmente requer a nulidade da imputação constante do item 04, por cerceamento do direito de defesa do autuado, em razão de uma acusação genérica e de forma alternativa. Todavia, em razão dos termos de intimação solicitar a entrega de arquivo magnético, ressalta que o autuante ficou ciente que o contribuinte só possui em meios magnéticos os livros contábeis, sendo as notas fiscais emitidas na forma convencional, razão que impossibilita tal pleito. Registra que o item “2.2.3” do Convênio 66/98, 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, hipótese do autuado.

O autuante, em sua informação fiscal, às fls. 187 a 190 do PAF, ressalta que:

1. O Termo de Início de Fiscalização encontra-se à fl. 8 dos autos, o qual é ratificado pelo Termo de Intimação, à fl. 9 do PAF, logo, não há motivo algum em que se fundamente o pedido de nulidade do Auto de Infração.
2. Quanto à primeira infração, os dados extraídos do SINTEGRA não são suficientes para fundamentar a inexistência das empresas “Comércio de Alcool e Aguardente Aline Ltda. e Crase Comercial Ltda.”, conforme observação no próprio extrato, cujos produtos constantes das notas fiscais são os mesmos normalmente adquiridos pelo autuado, o qual alega que jamais adquiriu

- mercadoria alguma das duas empresas, entretanto, no que se refere à Crase Comercial Ltda., existe pelo menos mais uma Nota Fiscal, n.º 454, emitida em 28/9/2000, constante da relação do CFAMT (fl. 22), a qual foi devidamente escriturada no seu livro Registro de Entradas.
3. O autuado, ao contrário do alegado, não anexou cópia do contrato com a Petrobrás aos autos. Esclarece que não condiz com a realidade a afirmação do contribuinte de que nada foi agregado por sua conta e risco, pois, no mínimo, foi adicionado serviço de transformação de matéria prima em produto consumível no mercado, cujas notas fiscais de remessa dos insumos constam como natureza de operação “saída para industrialização por encomenda” e a nota fiscal de prestação de serviço o histórico “serviço de processamento dos produtos xileno e servo CW 250...”, provas de que não se trata de empreitada, constante da lista de serviço prevista no Decreto Lei 406/68, mas, sim, de serviço de industrialização por encomenda, sujeito ao ICMS.
 4. O contribuinte, autorizado para utilizar sistema de processamento de dados, está obrigado a manter pelo prazo decadencial o arquivo magnético com registro fiscal dos documentos emitidos por qualquer meio, referente à totalidade das operações de entrada e de saída e das prestações realizadas no exercício de apuração, na forma estabelecida (Conv. ICMS 57/95, 75/96, 66/98 e 33/99). Ressalta que o autuado tenta eximir-se de sua obrigação ao afirmar sobre a dispensa do registro fiscal por item de mercadoria, quando o estabelecimento utilizar sistema de processamento de dados somente para a escrituração de livro fiscal, contudo, conforme termos de intimação, não foi exigido tal tipo de registro, mas, sim, aquele obrigatório ao contribuinte, ou seja, com a totalidade das entradas e das saídas, e este não foi feito nem apresentado à fiscalização pelo autuado, infringindo os artigos 712-A e 712-B do RICMS/BA.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o valor de R\$ 67.427,27, em razão de diversas infrações, nos exercícios de 2000 e 2001, das quais foram objetos de reconhecimento, por parte do autuado, a terceira e quinta infrações, restringindo-se, portanto, a lide apenas à primeira, segunda e quarta infrações, por serem objeto de impugnação, do que passo a tecer as seguintes considerações:

Preliminarmente, rejeito o pedido de nulidade argüido pelo autuado, uma vez que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais previstas, sendo impertinente a alegação da ausência do Termo de Início de Fiscalização, o qual encontra-se à fl. 8 do PAF. Também, por falta de previsão legal, descabe a pretensão da nulidade, caso não seja toda intimação encaminhada à sua procuradora.

Infração 01 – relativa a exigência da multa de 10% do valor comercial das mercadorias tributáveis, entradas no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, consoante fls. 14 e 33 a 42 do PAF.

O autuado admite a falta de registro das Notas Fiscais de n.ºs: 3, 5 e 944, e impugna a cobrança relativa as Notas Fiscais de n.ºs: 1512, 1539, 1548, 1569, 1595, 1616 e 1621, emitidas pela empresa “Comércio de Alcool e Aguardente Aline Ltda.”, e a de n.º 348, emitida pela empresa “Crase Comercial Ltda.”, sob a alegação de que nunca celebrou qualquer transação comercial com tais empresas.

Entendo que não deve prosperar as alegações de defesa, todas em função da negação da autoria das aquisições das mercadorias, por serem insuficientes para elidir a acusação fiscal, uma vez que as notas fiscais, capturadas nos postos fiscais do trajeto das mercadorias, quando destinadas ao autuado, são provas documentais suficientes da realização das operações e de suas aquisições pelo

destinatário, salvo prova em contrário, as quais devem ser produzidas pelo contribuinte, no sentido de destituir as existentes nos autos.

Assim sendo, sentindo-se o autuado prejudicado com o uso indevido de seus dados cadastrais, caberia ao mesmo interpelar os responsáveis, emitentes e transportadores, solicitando justificativas por tal procedimento e provas das reais operações comerciais, de forma que viesse a se eximir perante ao fisco da responsabilidade tributária lhe imputada, uma vez que o extrato do SINTEGRA, no qual tem os emitentes como não habilitados, não é suficiente para isentar o autuado da responsabilidade, não só pelo fato do mesmo não servir de certidão da existência ou não dos fornecedores, conforme observação no próprio documento, como também pelo fato do próprio contribuinte registrar, em sua escrita, Nota Fiscal de n.º 454, emitida pela Crase Comercial Ltda., em 28/09/2000, conforme constatado pelo autuante, o que contraria a alegação do autuado de que tais empresa “nunca fizeram parte do rol de fornecedores da Autuada”.

Assim, subsiste integralmente a exigência fiscal.

Infrações 02 – referente a exigência do ICMS, relativo ao valor adicionado na industrialização de mercadorias, quando do retorno ao estabelecimento autor da encomenda, consoante fls. 15 e 43 a 53.

As próprias razões de defesa comprovam tratar-se de industrialização quando afirma que o contrato objetiva misturar determinadas substâncias (Xilenos e Servo CW 250), fornecidas pelo contratante, da qual resultará o produto final que será devolvido ao encomendante.

O art. 2º, inciso VI, do RICMS/BA, determina a ocorrência do fato gerador do ICMS no momento que ocorrer a saída, do estabelecimento industrializador ou prestador de serviço, em retorno ao do encomendante, de mercadoria submetida a processo de industrialização ou serviço que não implique prestação de serviço compreendido na competência tributária municipal, relativamente ao valor acrescido, ainda que a industrialização não envolva aplicação ou fornecimento de qualquer insumo, quando se tratar de objetos destinados a industrialização ou comercialização, que tenham sido submetidos a beneficiamento.

Já o § 5º do citado dispositivo regulamentar, dispõe que se considera industrialização qualquer operação que modifique a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade do produto ou o aperfeiçoe para o consumo, tais como: 1º) transformação, assim entendida a que, executada sobre matéria-prima ou produto intermediário, resulte na obtenção de espécie nova, ou 2º) beneficiamento, em que importe modificação, aperfeiçoamento ou, de qualquer forma, alteração do funcionamento, da utilização, do acabamento ou da aparência do produto.

Por fim, o Decreto-lei n.º 406/68, consigna como prestação de serviço sujeita ao ISS, no item 72 da Lista de Serviços, o beneficiamento de objetos não destinados a industrialização ou comercialização, o que não é o caso, pois trata-se de produto destinado a industrialização ou comercialização e, como tal, sujeito ao ICMS.

Quanto a base de cálculo, eleita pelo autuante, está correta, pois, nos termos do art. 59, inciso II, alínea “a”, do RICMS/BA, no caso concreto, deve-se considerar o valor total dos serviços prestados.

Assim, subsiste integralmente a exigência fiscal.

Infração 04 – inerente a exigência de multa, correspondente a 1% do valor das operações realizadas nos anos de 2000/2001, por não ter apresentado os arquivos magnéticos com registros das operações.

Conforme pode-se constatar através da intimação à fl. 11 dos autos, foi solicitado ao autuado o arquivo magnético relativo a todos os dados de entradas e de saídas, relativos aos exercícios de 2000 e 2001, em razão da empresa escriturar seus livros fiscais através de SEPD (Sistema Eletrônico de Processamento de Dados), sendo descabida a alegação de cerceamento de defesa do autuado.

O contribuinte que utilizar o SEPD está obrigado a manter, pelo prazo decadencial, o arquivo magnético com registro fiscal dos documentos emitidos por qualquer meio, referente a totalidade das operações de entradas e de saídas e das aquisições e prestações realizadas no exercício de apuração, na forma estabelecida nos Convênios ICMS 57/95, 75/96, 66/98 e 33/99, como também no RICMS, aprovado pelo Decreto n.º 6.284/97, conforme art. 683 e seguintes.

Verifica-se que a aludida obrigação acessória não foi satisfeita pelo contribuinte, sujeitando-se a multa aplicada de 1% do valor das operações de entradas e saídas de mercadorias ocorridas em cada período, pelo não fornecimento, nos prazos previstos na legislação, de arquivo magnético com as devidas informações das operações realizadas. Assim, subsiste a exigência.

Deve-se ressaltar que a multa correta a ser aplicada ao contribuinte, por deixar de apresentar, quando intimado em 14/01/03 e 12/03/03, comprovantes das operações ou prestações contabilizadas, é de R\$270,00, sendo R\$90,00 relativo ao não atendimento do primeiro pedido e R\$ 180,00 pela segunda intimação, conforme alíneas “a” e “b” do inciso XX do art. 42 da Lei n.º 7.014/96, e não o valor de R\$240,00, conforme consignado no Auto de Infração e acatado pelo autuado.

Do exposto voto o Auto de Infração PROCEDENTE.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração n.º. **180573.0003/03-2**, lavrado contra **OFFICINALIS QUÍMICA E FARMACÊUTICA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 5.845,28**, sendo R\$ 5.725,22 atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, e, R\$ 120,06, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei n.º 7.014/96, 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, previstas no art. 42, IX, e XIII-A, “g”, da citada Lei, assim como da multa fixa no valor de **R\$ 270,00**, prevista no art. 42, XX, “a” e “b”, da Lei n.º 7.014/96, alterada pela Lei n.º 8.534 de 13/12/02.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de junho de 2003.

FERNANDO A. B. DE ARAÚJO - PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ CARLOS BACELAR - JULGADOR

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - JULGADOR