

A. I. Nº - 206892.1202/12-1
AUTUADO - RIPEM IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO MOTTA LTDA. – EPP
AUTUANTE - MAURÍCIO JOSÉ COSTA FERREIRA
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
INTERNET - 31.03.2014

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0054-04/14

EMENTA: ICMS. 1. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. Comprovado, nos autos, que o contribuinte recolheu o imposto com base no Simples Nacional quando não estava inscrito neste Regime. Infração 01 caracterizada. 2. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE ENTREGA. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. O art. 142, XI do Regulamento do ICMS/BA de 1997 estabelece que, além das obrigações previstas na legislação, relativas à inscrição, emissão de documentos, escrituração das operações e prestações, fornecimento de informações periódicas e outras, é obrigação do contribuinte que utiliza sistemas de processamento de dados para registrar negócios e atividades econômicas, manter à disposição do fisco estadual os arquivos magnéticos relativos aos registros de natureza contábil. O §2º do mesmo artigo dispensa apenas aqueles inscritos no Simples Nacional da obrigação acessória em tela. Rejeitada a preliminar de nulidade. Indeferido o pleito de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado no dia 28/12/2012 e exige ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor histórico total de R\$ 521.865,87, sob a acusação do cometimento das seguintes irregularidades.

Infração 01 – Recolhimento a menor, em razão de erro na aplicação da alíquota. Consta que o autuado, inscrito na condição de “NORMAL”, deixou de pagar o imposto sob a alegação de estar enquadrado no Simples Nacional. O procedimento adotado foi o de apurar o ICMS com a dedução dos valores pagos a título de antecipação parcial e antecipação de descredenciados, conforme demonstrativos de fls. 11/12. R\$ 482.000,84 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei 7.014/1996.

Infração 02 – Falta de fornecimento de arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com as informações das operações ou prestações efetuadas. Multa de R\$ 39.865,03, prevista no art. 42, XIII-A, “j” da Lei 7.014/1996.

O sujeito passivo ingressa com impugnação às fls. 144 a 152, na qual suscita a nulidade da primeira imputação, ao argumento de que a alíquota utilizada é incorreta, pois no período auditado estava inscrito no Simples Nacional (Lei Complementar 123/2006).

Com arrimo em decisões deste Conselho, alega que a desqualificação do citado Regime ocorreu durante a ação fiscal, o que contraria o art. 406-A, IV, RICMS/1997.

No mérito, aduz que foram indevidamente incluídas na apuração operações de transferência, pelo que requer diligência para a correção que entende ser pertinente.

Com relação à infração 02, ao invés da multa proposta, que qualifica de constitucional, desproporcional e confiscatória, cujo montante é expressivo, deveria a fiscalização, no seu entendimento, ter aplicado R\$ 180,00 ou R\$ 1.380,00.

Em seguida, assevera que não estava obrigado ao envio dos arquivos, com base nos arts. 259/260, RICMS/2012, e solicita a substituição da penalidade.

Reitera o pedido de diligência e conclui pleiteando improcedência.

Na informação fiscal, de fls. 207/208, o auditor afirma que, lamentavelmente, o contribuinte, talvez por imaginar o seu enquadramento no Simples Nacional, deixou de cumprir as suas obrigações fiscais, tais como o pagamento do ICMS e o fornecimento às bases de dados desta Secretaria dos arquivos magnéticos, em razão de que mantém a autuação.

Assinala que, em virtude de pendências impeditivas, houve diversos indeferimentos da pretensão da sociedade empresária de fazer parte do Regime Simplificado.

VOTO

Consoante o que foi acima exposto, a contenda em enfoque, inclusive a preliminar de nulidade, gravita em torno da questão sobre se nas datas dos fatos geradores, ocorridos entre 2008 e 2009, o autuado estava ou não inscrito no Regime Simples Nacional.

Verifico no documento de fl. 139 (verso e anverso), que desde 07/10/1975 a condição da sociedade empresária é “NORMAL”: campos “*Condição*” e “*Data de Inclusão*”. Do quadro “*Editais*” constam as diversas datas de “*INDEFERIMENTO DE OPÇÃO DO SIMPLES NACIONAL*”.

Rejeitada, portanto, a preliminar de nulidade.

O caráter supostamente confiscatório, desproporcional ou constitucional da multa da infração 02 não pode ser julgado neste foro, consoante norma do art. 167, I do RPAF/1999.

Indefiro o pleito de redução ou cancelamento da penalidade por descumprimento de obrigação acessória, por não estar presente uma das condições estatuídas no art. 42, §7º, Lei 7.014/1996, qual seja, a falta de pagamento do gravame, constatada na primeira imputação.

Por entender que todos os elementos aptos a formar a convicção dos julgadores estão presentes nos autos, indefiro o pleito de revisão, com supedâneo no art. 147, I, “a”, RPAF/1999.

No mérito, assinalo que não houve desqualificação de ofício, mesmo porque, por consectário lógico, não se pode desqualificar o que nunca esteve qualificado.

O art. 406-A, IV, RICMS/1997, tomado como fundamento de defesa, foi revogado pela Alteração nº 21 (Decreto nº 7.886, de 29/12/2000; publicado no Diário Oficial do Estado de 30 e 31/12/2000), com efeitos a partir de 30/12/2000.

Quanto à inclusão das transferências na base de cálculo, o contribuinte não trouxe ao processo qualquer nota fiscal.

Tenho como efetiva a circulação de mercadorias nas transferências interestaduais entre estabelecimentos de mesma titularidade e assinalo que a Súmula 166 do STJ, data vênia, não é vinculante e foi publicada antes da Lei Complementar 87/1996, à qual a Constituição Federal delegou poderes para dispor sobre normas gerais do imposto em comento.

A referida LC é chamada de lei nacional do ICMS e dispõe sobre hipóteses de incidência, não incidência, contribuintes, substituição tributária, local da operação, momento da ocorrência do fato gerador, base de cálculo e compensação, entre outras situações de natureza mais específica.

O Diploma Legal Complementar trata, no seu art. 13, § 4º, sobre critérios de determinação da base para o cálculo dos créditos nas transferências interestaduais de mercadorias entre

estabelecimentos do mesmo contribuinte, pelo que não se pode concluir que tais operações estejam fora do campo de incidência do ICMS.

No mesmo sentido aponta a segunda parte do inciso I do art. 12 da LC, ao informar que ocorre o fato gerador no momento da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro do mesmo titular.

Pois bem, apesar dos posicionamentos antigos sobre a matéria, que privilegiavam a Súmula 166, a discussão sobre a base de cálculo nas transferências interestaduais entre estabelecimentos de mesma titularidade foi submetida e apreciada mais recentemente pela Segunda Turma do STJ (uma das duas turmas componentes da Primeira Seção, regimentalmente competente para julgar matéria de direito público), que decidiu pela aplicação daquilo que o legislador complementar positivou.

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. BASE DE CÁLCULO. ESTABELECIMENTOS. MESMO TITULAR. TRANSFERÊNCIA ENTRE FÁBRICA E CENTRO DE DISTRIBUIÇÃO. ARTIGO 13, § 4º, DA LC 87/96.

1. *Discute-se a base de cálculo do ICMS em operações efetuadas pela recorrente entre a Fábrica (SP), o Centro de Distribuição (SP) e a Filial situada no Rio Grande do Sul. Precisamente, a controvérsia refere-se à base de cálculo adotada na saída de produtos do Centro de Distribuição com destino ao Estado gaúcho, o que demanda a interpretação do artigo 13, § 4º, da LC 87/96.*
2. *Em resumo, a recorrente fabrica mercadorias em São Paulo-SP e as transfere às filiais espalhadas pelo Brasil. Em virtude do grande volume, utiliza, algumas vezes, o Centro de Distribuição localizado em São Bernardo do Campo-SP, antes de proceder à remessa.*
3. *Constatou o aresto que, na saída das mercadorias do Centro de Distribuição paulista, a recorrente registrava como valor das mercadorias um preço superior ao custo de produção, próximo ou maior do que o valor final do produto (nas alienações ocorridas entre a Filial gaúcha e o comércio varejista ou atacadista daquele Estado).*
4. *A sociedade empresária recolheu aos cofres paulistas ICMS calculado com base no valor majorado, gerando crédito na entrada dos bens na Filial do RS, onde a alienação das mercadorias a terceiros acarretou débito de ICMS, que acabou compensado com os créditos anteriores pagos ao Estado de São Paulo. Em consequência, concluiu o acórdão recorrido: "... o Estado de origem acaba ficando com todo o imposto, e o Estado de destino apenas com o dever de admitir e compensar os créditos do contribuinte" (fl. 1.172v).*
5. *A questão jurídica em debate, portanto, refere-se à base de cálculo do ICMS na saída de mercadoria para estabelecimento localizado em outro Estado do mesmo titular - artigo 13, § 4º, da LC 87/96.*
6. *Na espécie, por diversas razões a base de cálculo do ICMS deve ser o custo da mercadoria produzida nos termos do artigo 13, § 4º, II, da LC 87/96 (e não a entrada mais recente).*
7. *Em primeiro, a interpretação da norma deve ser restritiva, pois o citado parágrafo estabelece bases de cálculos específicas. Em segundo, os incisos estão conectados às atividades do sujeito passivo, devendo ser utilizado o inciso II para estabelecimento industrial. Em terceiro, a norma visa evitar o conflito federativo pela arrecadação do tributo, o que impede a interpretação que possibilita o sujeito passivo direcionar o valor do tributo ao Estado que melhor lhe convier.*
8. *A apuração do valor da base de cálculo pode ser feita por arbitramento nos termos do artigo 148 do CTN quando for certa a ocorrência do fato imponível e a declaração do contribuinte não mereça fé, em relação ao valor ou preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos registrados. Nesse caso, a Fazenda Pública fica autorizada a proceder ao arbitramento mediante processo administrativo-fiscal regular, assegurados o contraditório e a ampla defesa, exatamente o que ocorreu no caso, em que foi utilizado o próprio Livro de Inventário do Centro de Distribuição.*
9. *Em termos de arbitramento, o que não se permite na seara do recurso especial é apurar a adequação do valor fixado, por esbarrar no óbice previsto na Súmula 7/STJ. Precedentes.*
10. *Em outro capítulo, a recorrente postula o afastamento da Taxa Selic, sob o argumento de que sua utilização nos débitos tributários é indevida. Todavia, o acórdão apenas mencionou que não haveria prova de sua utilização nos cálculos. Incidem, no ponto, as Súmulas 282/STF e 211/STJ, já que não houve prequestionamento da tese levantada no especial.*

11. Quanto à multa aplicada, a recorrente pediu a aplicação do artigo 2º do Decreto-Lei nº 834/69 e do artigo 112 do CTN. Além disso, argumentou que a penalidade deveria ser objeto de revisão, pois estaria extremamente abusiva (60 % sobre o valor principal devido).

12. A Corte de origem afirmou que o dispositivo invocado pela recorrente não estaria mais em vigor, fundamento que não foi combatido, atraindo a aplicação da Súmula 283/STF. A análise da razoabilidade da multa implicaria a interpretação da norma constitucional prevista no artigo 150, IV, da CF, o que não se permite na via especial.

13. O recurso interposto com fundamento na alínea "b" do permissivo constitucional não pode ser conhecido, pois a recorrente não esclarece de que modo o arresto teria julgado válido ato de governo local contestado em razão de lei federal.

14. Alegações genéricas quanto às prefaciais de afronta ao artigo 535 do Código de Processo Civil não bastam à abertura da via especial pela alínea "a" do permissivo constitucional, a teor da Súmula 284 do Supremo Tribunal Federal.

15. Em relação ao período de 01/01/1997 a 04/12/1997, houve o lançamento por homologação. Tendo havido pagamento antecipado, ainda que reduzido, rege-se a decadência pela regra do art. 150, § 4º, do CTN, que fixa o prazo de cinco anos, a contar do fato gerador, para a homologação do pagamento realizado pelo contribuinte. Em razão disso, nesse ponto, prospera a irresignação da decadência parcial da obrigação tributária inserida no auto de lançamento nº 0008699640.

16. Recurso especial conhecido em parte e provido também em parte. (REsp 1109298/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/04/2011, DJe 25/05/2011)".

Comprovado, nos autos, que o contribuinte recolheu o imposto com base no Simples Nacional quando não estava inscrito neste Regime.

Infração 01 caracterizada.

Com relação à infração 02, nos termos da OTE-DPF-3005, disponibilizada no dia 17/06/2005 (Orientação Técnica da Diretoria de Planejamento da Fiscalização), para efeito de aplicação da multa de 5%, limitada a 1% das saídas do estabelecimento em cada período, considera-se não fornecimento de informação solicitada mediante intimação a situação em que o fiscalizado deixe de entregar arquivo magnético que tenha sido intimado a apresentar (intimação à fl. 08).

Os arts. 259/260 do RICMS/2012, mencionados pelo impugnante para aduzir que não estava obrigado a transmitir os arquivos, não possuem eficácia no caso concreto, pois as datas respectivas são referentes aos exercícios de 2008 e 2009, quando estava em vigor o RICMS/1997.

O art. 142, XI do Regulamento de 1997 estabelece que, além das obrigações previstas na legislação, relativas à inscrição, emissão de documentos, escrituração das operações e prestações, fornecimento de informações periódicas e outras, é obrigação do contribuinte que utiliza sistemas de processamento de dados para registrar negócios e atividades econômicas, manter à disposição do fisco estadual os arquivos magnéticos relativos aos registros de natureza contábil.

O §2º do mesmo artigo dispensa apenas aqueles inscritos no Simples Nacional da obrigação acessória em tela.

De acordo com o art. 42, XIII-A, "j", Lei 7.014/1996, com efeito, como disse o deficiente, deveria ter sido proposta a multa de R\$ 1.380,00 (um mil trezentos e oitenta reais) pela falta de entrega, nos prazos previstos na legislação, de arquivo eletrônico contendo a totalidade das operações de entrada e de saída, das prestações de serviços efetuadas e tomadas, bem como dos estornos de débitos ocorridos em cada período, ou entrega sem o nível de detalhe exigido na legislação.

Todavia, na situação em análise, a cominação deveria ter sido cumulativa, mas foi aplicada, em benefício do fiscalizado e em detrimento do interesse público (caráter educativo da multa), tão somente a penalidade de 1% (um por cento) do valor das saídas ou das entradas, o que se mostrou maior, de mercadorias e prestações de serviços realizadas em cada período de apuração, ou do valor dos estornos de débitos em cada período, pelo não atendimento de intimação subsequente para apresentação dos respectivos arquivos.

Uma vez que a intimação de fl. 08 foi assinada em 20/11/2012 e o prazo foi de 5 (cinco) dias, corrijo a data de ocorrência da infração 02 para 27/11/2012 (o termo final ocorreu em uma segunda-feira, 26/11/2012), com fundamento no item 6.1 da sobredita Orientação Técnica, que assim dispõe:

“Na lavratura de Auto de Infração por falta de apresentação ou irregularidades do arquivo magnético, os campos data de ocorrência e data de vencimento deverão ser preenchidos com indicação da data correspondente ao primeiro dia útil subsequente ao do término do prazo consignado na intimação para a apresentação do arquivo ainda não apresentado ou do arquivo com a correção dos erros indicados”.

Em face do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206892.1202/12-1, lavrado contra **RIPEM IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO MOTTA LTDA. - EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 482.000,84**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais, além da penalidade por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 39.865,03**, prevista no art. 42, XIII-A, “j” da Lei 7.014/1996, com os acréscimos moratórios estatuídos na Lei 9.837/2005.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de março de 2014.

PAULO DANILO REIS LOPES – PRESIDENTE / RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR

JOWAN DE OLIVEIRA ARAÚJO - JULGADOR