

PROCESSO - A. I. Nº 146528.0038/13-0
RECORRENTE - TECQUÍMICA – TECNOLOGIA EM USINAGEM E SERVIÇOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JJF nº 0090-03/15
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 10/11/2015

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0341-12/15

EMENTA: ICMS. REFORMA DE JULGAMENTO. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NÃO OBSERVAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. NOVA DECISÃO. Comprovado prejuízo ao contribuinte no seu direito ao contraditório, por não ter tomado ciência do despacho relativo à dilação do prazo, ensejando cerceamento do direito de defesa, o que conduz à nulidade da Decisão. Devolva-se o PAF ao órgão prolator da Decisão reformada para novo julgamento. Recurso **PROVIDO**. Declarada a **NULIDADE** da Decisão recorrida. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 13/12/2013, exige o débito no valor de R\$186.107,62, em razão da constatação de duas irregularidades, a saber:

INFRAÇÃO 1: Forneceu informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requerido mediante intimação, com omissões de operações ou prestações, ficando o valor da multa limitado a 1% do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor da prestação ou operações omitidas, referente a dados faltantes dos registros 54 e 75 nos arquivos magnéticos apresentados, relativos aos exercícios de 2008 e 2009, totalizando R\$185.784,65;

INFRAÇÃO 2: Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença de alíquotas internas e interestaduais, no valor de R\$322,97, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, no mês de janeiro de 2008.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração procedente, após rejeitar a arguição de extinção do crédito tributário por ocorrência de decadência ou homologação tácita do lançamento, sob o entendimento de que:

No caso em análise, trata-se de constituição de crédito tributário, através de aplicação de penalidade pelo não cumprimento da obrigação acessória, entendendo que também deve obedecer ao disciplinado no artigo 173 do CTN, uma vez que é o único dispositivo que trata de decadência do direito do Fisco constituir seu crédito.

Já o § 5º do artigo 107-B do mesmo COTEB acima referido, estabelece que se considera ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Portanto, o prazo para constituição do crédito tributário ou homologação do lançamento tem a sua contagem iniciada a partir do primeiro dia do exercício seguinte, conforme os artigos 173, I, do CTN e 107-B do COTEB acima citados, não podendo prosperar a arguição defensiva, haja vista que, no presente caso, o período autuado alcança o exercício de 2008, valendo dizer que a contagem iniciou-se em 01/01/2009 com termo final em 31/12/2013.

Vejo que o sujeito passivo foi intimado em 25.10.2013 e o auto de infração foi lavrado dia 13/12/2013, portanto, dentro do prazo de 05 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, não há que se falar em homologação tácita do lançamento e, por consequência, em decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário, conforme argüido pelo impugnante.

No mérito, em relação à infração 1, a decisão da JJF foi de que constam duas intimações, às fls. 15 e 19, datadas de 25.10.2013 e de 12.11.2013, cada uma concedendo prazo de 30 dias, com a listagem dos arquivos recepcionados com as omissões do registro 54 (detalhamento das notas fiscais recebidas e emitidas) e 74 (dados dos inventários existentes em 31/12 de cada ano, a ser informado na competência do mês de dezembro de cada ano como estoque final e a serem repetidos em janeiro do ano seguinte, como estoque inicial), conforme exigência decorrente do Convênio ICMS 57/95, recepcionado pelo RICMS-BA, apontadas às fls. 23/39, o que não foi atendido pelo defendente.

Aduziu a JJF que a multa pelo não fornecimento de arquivo magnético exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, equivale a 5% (cinco por cento) do valor das entradas e saídas de mercadorias, bem como das prestações de serviços tomadas e realizadas, omitidas de arquivos eletrônicos exigidos na legislação tributária, ou neles informadas com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, limitada a 1% das saídas de mercadorias e prestações de serviços, conforme previsto no art. 42, inciso XIII-A, alínea “i” da Lei nº 7.014/96.

Destaca o órgão julgador que o § 5º do art. 708-B do RICMS/97, à época, estabelecia que: *“o contribuinte terá o prazo de 30 dias, contados da data do recebimento da intimação, para corrigir arquivo magnético apresentado com inconsistência, devendo utilizar, no campo 12 do Registro Tipo 10, o código de finalidade “2”, referente a retificação total de arquivo”*

Observou a JJF que mesmo após a diligência realizada o sujeito passivo não traz aos autos as provas de sua alegação defensiva que teriam o condão de elidir a infração. Assim, a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143 do RPAF. Ademais, sendo o contribuinte possuidor dos possíveis elementos probatórios das alegações defensivas, não os trazendo aos autos, também incorreu nas disposições do art. 142 do RPAF, o qual estabelece 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.”*

Sobre a alegada confiscatoriedade da multa aplicada, a decisão é de não apreciar tal arguição, visto que a mesma está prevista na lei e em face do disposto no artigo 167, inciso I, do RPAF/99.

Assim, a JJF concluiu que a infração 1 restou caracterizada.

Sobre à infração 2, a decisão é de que o defendente não atacou o mérito da questão, limitando-se a arguir a decadência dos fatos apontados nesta infração, a qual foi apreciada preliminarmente.

Assim, concluiu que a infração está caracterizada.

Não se conformando com a Decisão de 1ª Instância, o autuado apresentou, tempestivamente, às fls. 121 a 130 dos autos, Recurso Voluntário onde, inicialmente, arguiu a nulidade processual, pois, foi intimado para o cumprimento de diligência no sentido de juntar aos autos provas documentais de sua alegação de operações com incidência de ICMS e com ISS, tendo, naquela oportunidade, pedido dilação de prazo para cumprimento da diligência, conforme documento à fl. 91, porém, até a presente data, não tomou conhecimento de qualquer despacho ou decisão sobre o seu requerimento, do que destaca o direito de ser devidamente comunicado do seu pleito para praticar os atos necessários para o pleno exercício do direito de defesa, decorrente do princípio constitucional do contraditório e do devido processo legal.

Assim, no presente caso, resta evidente que a falta de intimação da recorrente do despacho que deferiu a dilação do prazo para o cumprimento da diligência determinada pelo órgão julgador acabou por preterir o direito de defesa da mesma, motivo pelo qual deve ser declarada a nulidade de todos os atos decorrentes da supressão da intimação e a consequente decisão que julgou procedente o Auto de Infração em questão.

No mérito, defende que o Auto de Infração deve ser julgado improcedente, pois o autuante não observou que o crédito tributário já havia sido tragado pelos efeitos da decadência, conforme

disposto no art. 150, § 4º, do CTN, visto que o procedimento fiscal teve início em 25/10/2013 em relação ao período de janeiro de 2008 a dezembro de 2009, quando já tinham transcorridos 5 anos relativamente aos meses de janeiro a setembro de 2008, estando extintos os créditos referentes a tais meses.

Destaca que, em relação à infração 2, se observa que o fato imponible da obrigação tributária de pagar o ICMS relativo a diferença de alíquota ocorreu no mês de janeiro/2008, cujo crédito já havia sido definitivamente extintos, salvo as exceções dispostas em lei que não se aplicam ao caso. De igual modo ocorre com a infração 1, já que a mesma se mostra parcialmente caduca, na medida em que parte dela também está abrangida pelo período absorvido pelos efeitos do art. 150, §4º, do CTN, motivo pelo qual deve também ser julgada improcedente.

Insurge-se quanto à Decisão recorrida que rejeitou o argumento, sob o fundamento de que o art. 173, I, do CTN – que tem redação idêntica aos artigos 107-A, I, do COTEB (Lei 3.956/81) e 965, I, do RICMS/97, estabelece que o prazo para a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, pois o recorrente defende que tal dispositivo não se aplica ao presente caso, na medida em que o crédito em questão decorre de crédito de tributo cujo lançamento é realizado por homologação e que, por conta disso, a norma a ser aplicável é aquela prevista no art. 150, § 4º, do CTN. Logo, se a obrigação principal se encontra tragada pela decadência, resta evidente que a obrigação acessória também está, não havendo que se cogitar em aplicação de penalidade por descumprimento de obrigação acessória, quando a principal já está extinta.

Aduz que, diferente seria se houvesse obrigação principal a ser paga, ou seja, se, em decorrência da omissão de informações, o crédito tributário não tivesse sido constituído e tivesse ICMS para ser pago – o que não ocorre no presente feito, já que parte da autuação é referente a tão somente cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação acessória -, pois, aí sim seria o caso de se atrair a incidência do art. 173 do CTN. Em face disso o recorrente defende ser equivocada a decisão recorrida, motivo pelo qual entende merecer reforma.

Caso ultrapassado este entendimento de extinção do crédito tributário, o sujeito passivo aduz que não se pode olvidar que resta incontroverso nos autos, no que tange à infração 1, a inexistência de ocorrência do fato imponible da obrigação tributária de recolher o ICMS, pois a discussão versada na lide se restringe ao suposto descumprimento de uma obrigação tributária acessória e o montante que seria devido por conta desse suposto descumprimento, haja vista que o autuante aplicou a pena de multa em todas as operações de saída de prestação de serviços nos meses referentes à fiscalização, ou seja, mesmo nos casos em que não há a ocorrência do fato imponible da obrigação tributária de pagar o ICMS, a autuada foi penalizada. Diz ser aí que reside o erro.

Invoca o art. 113, § 2º, do CTN, no sentido de que a obrigação acessória tem o caráter de auxiliar a Fazenda Pública na arrecadação do tributo, logo, não tem como objetivo arrecadar o tributo, mas, sim, facilitar a arrecadação e fiscalização da exação. Destaca que, conforme dito anteriormente, o pagamento do tributo foi realizado regularmente, nas hipóteses em que o mesmo era devido, o que não se discute. Logo, não houve, portanto, qualquer lesão ao fisco, quando da realização das operações realizadas pela autuada, que se enquadrem na hipótese de incidência prevista em lei, além de que, através das DMA que foram entregues regularmente, o fisco foi informado, mensalmente, das operações que implicaram no pagamento do ICMS. Assim, o recorrente defende que a lei, com notório objetivo sancionador, comina o pagamento de uma multa para aqueles que realizam operações relativas à circulação de mercadorias sem informar ao fisco essas operações, tentando, assim, deixar de cumprir a obrigação tributária principal, o que não é o caso em questão.

Diz corroborar com tal assertiva o art. 113, § 2º, do CTN, como também o art. 42, XIII-A, “i”, da Lei 7.014/96, quando assevera que a multa será devida no importe sobre o valor das respectivas operações ou prestações, pois, a lei faz uma nítida alusão às operações descritas na hipótese de incidência tributária conforme estabelecido no “RICMS”.

Em seguida, o recorrente destaca nas remessas de bens sobre as quais o autuante aplicou a multa

não se tratam de operações relativas sobre as quais incidam ICMS, já que as mesmas se tratam de operações relativas a industrialização por encomenda, sobre as quais incidem o ISS, de competência municipal, motivo pelo qual a autuação em questão não indica qualquer valor referente ao ICMS como devido pelo autuado, visto que a cobrança se restringe, tão somente, a multa pelo suposto descumprimento de obrigação acessória. Cita jurisprudência.

Diz que facilmente se conclui que não há no item 1 qualquer operação sobre a qual deva incidir ICMS, de modo que a aplicação de multa de 1% sobre valores irrelevantes para o Fisco se mostra medida equivocada, pois, em suma, em que pese ter como atividade a realização de negócios em que há a obrigação de pagar o ICMS, sempre cumpriu com sua obrigação, informando, inclusive, mensalmente, ao ente público o pagamento do mesmo, cumprindo, assim, não só a obrigação tributária principal, como, também, a acessória, enviando as DMA, mensalmente. No entanto, tal autuação tem como base de cálculo valores manifestamente descabidos, já que considera valores simbólicos que não correspondem com o disposto em lei, violando, assim, não só preceito constitucional da vedação da utilização de tributos com efeitos confiscatórios, previsto no art. 150, IV, como o princípio da razoabilidade, ambos previstos na Carta Magna. Cita doutrina e jurisprudência.

Por fim, registra que os documentos solicitados na diligência já tinham sido entregues ao agente fiscal, conforme se observa do documento de fls. 20 dos autos, logo, não se pode cogitar que a recorrente não fez a prova de suas alegações, do que, por conta disso é que se mostra equivocada a decisão recorrida, motivo pelo qual defende que deve a mesma ser reformada para reconhecer e improcedência de autuação vergastada.

A PGE/PROFIS, em seu Parecer, às fls. 134 a 136 dos autos, da lavra do Dr. José Augusto Martins Junior, opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário, pois, à fl. 95 dos autos, observa-se não merecer guarida a tese recursal, porquanto claramente desvelado o ato administrativo que deferiu o pleito de prorrogação do prazo postulado, tendo o recorrente se mantido silente após a dilação do prazo.

Da mesma maneira, no que toca a preliminar de mérito de decadência dos créditos constituídos por intermédio do presente lançamento, o opinativo é de não merecer abrigo o apelo, na esteira de posicionamento já sedimentado no CONSEF, fincado no sentido da aplicabilidade do art. 173, I, do CTN, em vista de disposição vigente à época do COTEB, norma plenamente válida e eficaz.

Em relação ao restante das alegações tracejadas no recurso, a PGE/PROFIS entende que o apelante apenas alega vícios do lançamento, que supostamente não distinguiu as operações sujeitas ao ISS das sujeitas ao ICMS, não trazendo, entretanto, nenhum elemento objetivo capaz de dar sustentação a sua tese, sendo a refutação absolutamente genérica.

Assim, do exposto, opina pelo conhecimento e improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão de 1ª Instância, que julgou Procedente o Auto de Infração, conforme Acórdão 3ª JF nº 0090-03/15.

Inicialmente, da análise das questões preliminares arguidas pelo sujeito passivo, especialmente quanto à alegação de nulidade processual, decorrente da falta de intimação ao recorrente do despacho que deferiu a dilação do prazo para o cumprimento da diligência determinada pelo órgão julgador, o que, segundo o apelante, acabou por preterir o seu direito de defesa, motivo pelo qual deve ser declarada a nulidade de todos os atos decorrentes da supressão da intimação e a consequente decisão que julgou procedente o Auto de Infração em questão.

Sobre este assunto, a Decisão recorrida se pronunciou nos seguintes termos:

Esta 3ª JF decidiu pela conversão do processo em diligência fl. 87, a fim de que o sujeito passivo fosse intimado fls.93/95, a elaborar demonstrativo, referente ao período fiscalizado, separando os valores oriundos

de operações e prestações de serviços sujeitos a incidência do ICMS (transporte, comunicação), daqueles oriundos de prestações de serviço sujeitos exclusivamente à incidência do ISS.

Caso se comprovasse o alegado na defesa, as operações de prestação de serviços com incidência exclusiva do imposto municipal deveriam ser excluídas do levantamento fiscal. Decorrido o prazo para atendimento da diligência, inclusive com a prorrogação de trinta dias pleiteada pelo defendente fl.91, este não se manifestou.

A respeito desta arguição, a PGE/PROFIS, concluiu que, conforme documento de fls. 95 dos autos, restou desvelado o ato administrativo que deferiu o pleito de prorrogação de prazo, tendo o recorrente se mantido silente após a dilação do prazo.

Contudo, da análise das peças processuais, observa-se que, em momento algum, o requerente foi noticiado do deferimento da dilação do prazo, sendo este fato, a falta da ciência ao recorrente do despacho da autoridade administrativa, a razão da insurgência do sujeito passivo, por entender que teve seu pleno exercício de direito de defesa prejudicado ao não tomar ciência do deferimento, pois, não foi intimado para conhecimento de qualquer decisão sobre o seu pedido de dilação de prazo para cumprimento da diligência, conforme havia solicitado à fl. 91 dos autos, do que concordo, pois, de fato, foi equivocada a interpretação da decisão de piso, ao entender que o contribuinte “não se manifestou” de algo que não havia sido cientificado, do que se comprova o efetivo prejuízo ao pleno exercício ao direito de defesa e ao contraditório, no caso em tela.

Assim, no presente caso, resta evidente o prejuízo ao sujeito passivo do seu direito de defesa, razão de acolher a preliminar da nulidade da Decisão recorrida, visto que o posicionamento da JJF ensejou cerceamento do direito de defesa, o que conduz à nulidade da decisão, conforme alegou o recorrente em seu Recurso Voluntário.

Diante do exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para decretar a nulidade da Decisão recorrida e o retorno dos autos à primeira instância para as medidas saneadoras e novo julgamento, a salvo de falhas.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para declarar **NULA** a Decisão recorrida relativa ao Auto de Infração nº **146528.0038/13-0**, lavrado contra **TECQUÍMICA – TECNOLOGIA EM USINAGEM E SERVIÇOS LTDA.**, devendo os autos retornar à Primeira Instância para novo julgamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de outubro de 2015.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

ELDER DOS SANTOS VERÇOSA - REPR. DA PGE/PROFIS