

A. I. Nº - 146528.0038/13-0
AUTUADO - TECQUÍMICA – TECNOLOGIA EM USINAGEM E SERVIÇOS LTDA.
AUTUANTE - JOILSON JOÃO LAGE DE MAGALHÃES
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
INTERNET - 14/05/2015

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0090-03/15

EMENTA: ICMS. 1. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. APRESENTAÇÃO COM OMISSÕES DOS ARQUIVOS 54 E 75. Autuado não atendeu a intimação no prazo regulamentar para apresentação dos arquivos magnéticos com a correção das omissões e divergências, sujeitando-se a multa no percentual de 1%, sobre o total das operações de saídas ocorridas no período, prevista no artigo 42 XIII-A “i” da Lei nº 7.014/96. Infração procedente. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS AO USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Autuado não traz elementos capazes de elidir a acusação fiscal. Infração subsistente. Afastada arguição de decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente auto de infração lavrado em 13/12/2013, traz exigência fiscal no valor histórico de R\$186.107,62, tendo em vista a constatação das seguintes irregularidades:

1 – 16.12.26. - 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;

2 – 06.02.01 - deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença de alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, no mês de janeiro de 2008, no valor de R\$322,97, acrescido da multa de 60%.

O sujeito passivo ingressa com impugnação às fls. 65/70. Reproduz as infrações que lhe foram imputadas. Insurge-se contra o auto de infração afirmando que o mesmo fora lavrado equivocadamente, sobretudo considerando os valores ali descritos.

Menciona que o agente autuante, em inobservância ao quanto disposto no art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, lançou mão do expediente ora atacado, a fim de cobrar crédito fiscal já trágado pelos efeitos da decadência. Isso porque, como se observa à fl.04 dos autos, o procedimento fiscal teve início no dia 25/10/2013, sendo que o período objeto da fiscalização foi de janeiro de 2008 a dezembro de 2009, quando já tinha transcorrido 5 anos relativamente aos meses de janeiro a setembro de 2008, estando extintos os créditos referentes a tais meses. Sobre a matéria reproduz o citado dispositivo.

No que tange à Infração 02, também alega decadência para a ocorrência do mês de janeiro de 2008. Já no que diz respeito à Infração 01, a mesma se mostra parcialmente caduca, já 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.

Frisa que não sendo este o entendimento deste órgão, não se pode olvidar que resta incontroverso nos autos, no que tange à infração 01, a inexistência de ocorrência do fato imponible da obrigação tributária de recolher o ICMS. Menciona que da simples leitura do Auto de Infração, facilmente se constata que a autuada não deixou de recolher o tributo a que estava obrigada, nos casos em que tenham ocorridas as operações relativas à circulação de mercadorias. Ou seja, o pagamento do tributo foi efetuado normal e tempestivamente, quando devido.

Destaca que por considerar descumprida a obrigação acessória, o Fiscal 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. Entende ser aí que reside o erro.

Sobre as obrigações acessórias tributária cita o art. 113, § 2º, do Código Tributário Nacional que estabelece diretriz, no sentido de que a obrigação acessória tem por escopo resguardar o interesse do ente público na arrecadação e na fiscalização do tributo, ou seja, a obrigação acessória tem o caráter de auxiliar a Fazenda Pública na arrecadação do tributo. Não tem como objetivo, arrecadar o tributo, e sim de facilitar a arrecadação e fiscalização da exação.

Salienta que o mencionado dispositivo legal, visa resguardar o interesse da Fazenda Pública Estadual no que diz respeito ao correto pagamento do tributo devido pelo contribuinte. E, para tanto, estabelece o pagamento de multa, no importe de 1% do valor da respectiva operação. Explica que corrobora, também, com o quanto asseverado no próprio texto da referida Lei 7.014/96, ao se referir, em seu art. 42, XIII-A, “i”, que a multa será devida sobre o valor das respectivas operações ou prestações. Ou seja, a lei faz uma nítida alusão às operações descritas na hipótese de incidência tributária conforme estabelecido no RICMS. Entende que, no que pertine à expressão “prestações”, é inaplicável ao caso, na medida em que se refere às prestações de serviços das quais decorre a obrigação de pagar o ICMS, já que o mesmo também incide sobre a prestação de determinados tipos de serviços.

Informa que resta devidamente registrado nos autos que as prestações a que se refere a autuação se trata de prestações de serviços relativos a industrialização por encomendas, sobre as quais não incidem o ICMS e sim, o ISS. Já no que diz respeito à expressão “respectivas operações”, também resta claro que são as mesmas estabelecidas no RICMS/BA, em consonância com os termos da Lei Complementar 87/96.

Assevera que as remessas de bens sobre as quais a autoridade autuante aplicou a multa ora atacada, não se tratam de operações sobre as quais incidam ICMS, já que as mesmas se tratam de industrialização por encomenda, sobre as quais incidem o ISS, de competência municipal. Inclusive, por este motivo a autuação em questão não indica qualquer valor referente ao ICMS como devido pela autuada. De observar que a cobrança se restringe a, tão somente, multa pelo suposto descumprimento de obrigação acessória.

Sobre a matéria, transcreve entendimento de Tribunais Superiores, conforme se constata do posicionamento do STJ, nos autos do AgRg no AREsp nº 330870.

Conclui que não há na infração 01, qualquer operação sobre a qual deva incidir ICMS, de modo que a aplicação de multa de 1% sobre valores irrelevantes para o Fisco Estadual se mostra medida equivocada.

Diz que, 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 DMAs mensalmente. Afirma que não obstante tal quadro

recebeu autuação em razão de não ter cumprido parcialmente a obrigação acessória e em face desse descumprimento, sofreu autuação no importe de R\$ 185.784,65.

Manifesta entendimento que tal autuação não corresponde ao 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. Discorre sobre estes princípios tributários. Sobre o tema transcreve lições de Roque Carraza e jurisprudência, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, através da 22ª Câmara Cível, tem manifestado seu entendimento neste sentido, conforme se observa do julgamento da Apelação Cível nº 70030786131, o qual, transitado em julgado.

Conclui que não seria razoável se aplicar uma multa pelo descumprimento de uma obrigação acessória, em situações em que, sequer, é praticada a conduta descrita na hipótese de incidência e pelo equívoco da autuação atacada deve ser julgada improcedente.

O autuante produziu a informação fiscal fls. 81/83. Reproduz as infrações e sintetiza as alegações do autuado afirmando que estas não trazem no mérito, elementos capazes de demonstrar a sua improcedência. Diz que resumindo em itens, a defesa consta do seguinte:

- a) na preliminar, alega a decadência da imposição fiscal, especialmente no período anterior ao constante do Termo de Início da Fiscalização;
- b) No mérito, argüi que em decorrência de realizar operações tanto no campo de incidência do ICMS, como no campo de incidência do ISS de competência municipal, não estaria obrigado a prestar as informações solicitadas através de arquivos magnéticos previstos na legislação do ICMS, especialmente aquelas decorrentes do Convênio 57/1995.

Sobre a argüição de decadência, diz que tal argumento não tem como subsistir, em face do procedimento fiscal ter sido encerrado em dezembro/2013, tendo o contribuinte através do seu representante contábil, dado ciência e recebido cópia em 26/12/2013, dentro do prazo preconizado pelo RICMS-BA., aprovado pelo decreto 6.284/1997 e alterações posteriores, que transcreve. Conclui que as infrações 01 e 02 deverão ser mantidas na sua inteireza, em virtude de não estarem alcançadas pelo instituto da decadência.

No mérito, diz que a Infração 01 refere-se a multa pelo descumprimento de obrigação acessória e esta é decorrente da sua condição de contribuinte do ICMS inscrito na Secretaria da Fazenda do Estado. Explica que o mesmo deixou de informar nos arquivos magnéticos fornecidos a esta repartição, conforme relatório do sistema corporativo denominado Relação dos Arquivos Recepcionados, constante das páginas de nº 23 a 39, informações relativas ao 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). Tal exigência decorre do Convênio ICMS 57/1995 recepcionado pelo RICMS-BA.

Afirma que o defendente foi intimado, documento de fl. 15, no dia 25/10/2013, tendo sido ratificado no dia 12/11/2013 (fl. 19) e em ambas as oportunidades, foi fornecida a Listagem Relação dos Arquivos Recepcionados com a indicação das informações faltantes.

Aduz que a autuada faz menção à disposição do Código Tributário Nacional no seu art. 113, § 2º que estabelece diretriz no sentido de que a obrigação acessória tem por escopo resguardar o interesse do ente público na arrecadação e na fiscalização do tributo. Realmente, como a Fazenda Estadual poderá, de forma eficaz, cumprir a sua missão institucional de controlar o cumprimento das obrigações, quer acessórias, quer principais, se alguns contribuintes inscritos no seu Cadastro, não cumprem com as suas obrigações de informar determinados procedimentos, a exemplo dos dados incluídos nos arquivos magnéticos fornecidos à Secretaria da Fazenda do Estado.

Explica que quando o legislador quer dispensar determinada obrigação de fazer ou deixar de

fazer pelo contribuinte, de “forma expressa” dispõe a respeito. E não existe qualquer disposição na legislação que dispense o contribuinte inscrito no cadastro do Estado, que também realize operações de prestações de serviços sujeitos à incidência do ISS – Imposto sobre Serviços da competência tributária dos municípios, de deixar de cumprir obrigações relativas às informações a serem prestadas nos arquivos magnéticos a serem apresentados à Secretaria da Fazenda do Estado, segundo as disposições regulamentares.

Menciona que lhe cabe, enquanto agente público da Administração Tributária Estadual, cumprir e exigir o cumprimento das disposições legais, opinar pela manutenção e procedência da imposição fiscal, porque foi aplicada com base na legislação em vigor, no período compreendido na ação fiscal.

Opina que o auto de infração seja mantido na sua totalidade.

Em discussão em pauta suplementar, a 3ª JF decidiu que o auto de infração deveria ser convertido em diligência, fl. 87, a fim de que o autuante tomasse as seguintes providências:

a) intimasse o autuado para que elaborasse 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;

b) efetuasse os necessários ajustes no levantamento fiscal, excluindo as operações de prestação de serviços sujeitas exclusivamente a incidência do ISS comprovadas pelo defendente e elaborasse novo demonstrativo de débito.

Devidamente intimada, fls.93/95, o advogado da autuada, procuração fl.71, solicitou a prorrogação do prazo para atender a intimação, por 30(trinta) dias fl.91, no que foi atendida.

O autuante em nova informação fiscal fl.97, afirma que decorridos o prazo inicial de 10 (dez) dias além do solicitado na prorrogação 30 (trinta) dias, o autuado não apresentou os documentos solicitados.

VOTO

O auto de infração em lide refere-se a multa aplicada pelo fornecimento de informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requerido mediante intimação, com omissões de operações ou prestações, referente a dados faltantes dos registros 54 e 75 nos arquivos magnéticos apresentados, relativos aos exercícios de 2008 e 2009, infração 01 e falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas a uso e consumo do estabelecimento, infração 02.

O autuado alegou nulidade do lançamento sob o entendimento de que o crédito fiscal descrito neste PAF já teria sido tragado pelos efeitos da decadência. Concluiu que como o procedimento fiscal teve início no dia 25/10/2013, o período objeto da fiscalização de janeiro de 2008 a dezembro de 2009, quando já tinha transcorrido 5 anos relativamente aos meses de janeiro a setembro de 2008, estariam extintos nos termos do art. 150, §4º, do CTN.

As disposições do artigo 173, I, do CTN, que são as mesmas previstas no art. 107-A, I, do Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB (Lei 3.956/81) e no art. 965, inciso I, do RICMS/97, prevêm que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco anos), contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

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.

Diante do exposto, não acolho a arguição de extinção do crédito tributário por ocorrência de decadência ou homologação tácita do lançamento.

No mérito, a infração 01 refere-se a multa aplicada pelo descumprimento de obrigação acessória. O sujeito passivo tributário apresentou à SEFAZ, os dados contendo a movimentação comercial da empresa e os arquivos magnéticos fora dos padrões exigidos pela legislação específica, referentemente a suas operações, com 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 57/1995 recepcionado pelo RICMS-BA.

Da análise dos elementos contidos no PAF, vejo que constam duas intimações, fl. 15 de 25.10.2013 e fl.19 de 12.11.2013, cada uma concedendo prazo de 30 dias, com a listagem dos arquivos recepcionados com as omissões apontadas – fls. 23/39, o que não foi atendido pelo defendente.

Nas razões defensivas o autuado alegou que as operações de saídas consideradas para apuração da base de cálculo do levantamento fiscal, se referem a prestações de serviços relativos a industrialização por encomendas, sobre as quais não incidem o ICMS e sim, o ISS, de competência municipal.

Analisando os extratos do INC fls.40/42, vejo que o Contribuinte recolhe ICMS apurado pelo regime Normal e que em suas DMAs cópias fls. 43/46, declara operações com mercadorias tributadas. Na descrição dos fatos está demonstrado o cálculo do débito.

Esta 3ª JJF 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 multa pelo não fornecimento de arquivo magnético exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas equivalentes 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. Vejo que o lançamento fiscal trata da ocorrência prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea “i” da Lei nº 7.014/96.

Sobre esta autuação e de acordo com a legislação do ICMS, a qual recepcionou o disposto no Convênio ICMS 57/95 e suas alterações posteriores, o contribuinte usuário de sistema eletrônico de processamento de dados é obrigado a apresentar, quando solicitado, a documentação minuciosa, completa e atualizada do sistema, contendo descrição, gabarito de registro (“*layout*”) dos arquivos, listagem dos programas e as alterações ocorridas no exercício de apuração, relativamente à totalidade das operações de entradas e de saídas de mercadorias ou das prestações realizadas (art. 685, combinado com os arts. 708-A e 708-B, do RICMS/97).

O § 5º do art. 708-B estabelece 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*”

O 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, inclusive os dados referentes a itens de mercadoria.

Vejo que o lançamento fiscal trata da ocorrência prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea “i” da Lei nº 7.014/96. O defendente enviou os arquivos magnéticos do SINTEGRA com omissões dos registros 54 e 74.

Observo 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.

Registro que o artigo 123 do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que 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 mesmo regulamento.

Ademais, sendo o contribuinte possuidor dos possíveis elementos probatórios das alegações defensivas, não os trazendo aos autos, também o entendo incurso nas disposições do art. 142 do regulamento citado que abaixo reproduzo.

Art. 142. 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 alegação defensiva de confiscatoriedade da multa aplicada, deixo de 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, entendo que a infração 01 restou caracterizada.

Quanto à infração 02, falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas a uso e consumo do estabelecimento, o defendente não atacou o mérito da questão, limitando-se a argüir a decadência dos fatos apontados nesta infração, apreciada preliminarmente neste voto. Infração caracterizada.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PROCEDENTE** o auto de infração nº 146528.0038/13-0, lavrado contra

TECQUÍMICA – TECNOLOGIA EM USINAGEM E SERVIÇOS LTDA., devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$322,97**, acrescido da multa de 60% prevista na alínea “f” do inciso II do art. 42 da Lei 7.014/96, além da multa pelo descumprimento da obrigação acessória no valor de **R\$185.784,65**, prevista no inciso XIII-A alínea “i” art. 42 do citado diploma legal e dos acréscimos moratórios previstos pela Lei 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de maio de 2015.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTE REIS – JULGADOR