

A. I. Nº - 146528.0038/13-0
AUTUADO - TECQUÍMICA – TECNOLOGIA EM USINAGEM E SERVIÇOS LTDA.
AUTUANTE - JOILSON JOÃO LAGE DE MAGALHÃES
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 11/12/2017

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0223-03/17

EMENTA: ICMS. 1. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. APRESENTAÇÃO COM OMISSÕES DOS ARQUIVOS 54 E 75. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Comprovado que parte dos documentos fiscais elencados no levantamento fiscal, diz respeito a operações de prestação de serviços fora do âmbito de incidência do ICMS, tendo sido excluídos do valor originalmente lançado. Infração procedente em parte. **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 EM PARTE.** 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:

Infração 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;

Infração 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 tragado 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 impositivo 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 impositivo 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 infração atacada, esta 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.

Sobre a arguição 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.

O Auto de Infração foi julgado Procedente por esta Junta, Acórdão JF nº 0090-03/15 fls.104/110, mas a Decisão foi reformada pela 2ª Câmara, Acórdão CJF nº 0341-12/15 fls.138/142, sob o fundamento de que teria havido prejuízo ao contribuinte no seu direito ao contraditório, por não ter tomado ciência do despacho relativo à dilação do prazo requerido, conforme documento fl.91.

Ao tomar ciência da citada decisão o Autuado se manifestou fls.154/155. Disse que considerando o Acórdão proferido pela 2ª CJF, junta aos autos, a planilha solicitada pela 3ª JF em diligência ainda em fase instrutória fl.687, bem como, cópias das notas fiscais relativas ao período objeto da fiscalização.

Afirma que no que tange às cópias das notas fiscais, registra que faz a juntada de 20 notas fiscais por mês, tendo em vista o grande número de notas emitidas mês a mês, nos anos de 2008 e 2009 trará ao processo um grande volume de documentos que podem atrapalhar o manuseio dos autos. Aduz que na juntada de parte dos documentos é apenas no sentido de fazer prova, por amostragem. No entanto, deixa registrado que disponibiliza todas as notas fiscais necessárias e que forem julgadas pertinentes para o deslinde do feito. Explica que na planilha estão registradas todas as notas dos exercícios objeto da fiscalização, pelo que os documentos podem ser facilmente cotejados.

O Autuante prestou informação fiscal fls.691/697. Informa que a autuada opera no ramo de código CNAE 2539001 – Serviço de usinagem, tornearia e solda, realizando operações sujeitas ao controle fiscal do ICMS nas operações de industrialização, assim como nas aquisições de insumos, recebimentos de materiais e equipamentos para execução de serviços de industrialização e devolução aos remetentes. Também realiza operações no âmbito da tributação do ISS Municipal, operações sujeitas a este tributo, no que se submete às regras do município em que se localiza a sua sede.

Explica que inconformada, a empresa apresentou impugnação ao feito, que foi contestada. A 3ª Junta de Julgamento Fiscal - JF do CONSEF solicitou a realização de diligência para que a defendente elaborasse demonstrativo no qual em uma coluna estariam as operações sujeitas ao ICMS (transporte e comunicação) e em outra coluna os valores oriundos de prestações de serviços sujeitos exclusivamente à incidência do ISS. Intimada para cumprimento da exigência da JF a defendente pediu prorrogação do prazo inicialmente concedido (fl. 91), o que foi atendido pelo Autuante, mas o demonstrativo e respectiva documentação não foram apresentados, conforme

Informação Fiscal à fl. 97. Assim, diante do não atendimento às informações solicitadas, a 3ª JJF pronunciou-se em favor da autuação conforme Acórdão JJF Nº 0090-03/15.

Tomando conhecimento da Decisão, a autuada apresenta Recurso Voluntário que resultou no acórdão CJF nº 0341-12/15, declarando a Nulidade do Acórdão JJF Nº 0090-03/15, retornando o presente Processo Administrativo Fiscal-PAF à primeira instância.

Nesta oportunidade, a autuada apresenta Demonstrativos de Faturamento destacando as operações sujeitas ao ICMS e ao ISS, com cada nota fiscal de faturamento sujeitas tanto ao ICMS como ao ISS, assim como, aquelas que no entendimento da recorrente não tinham incidência nem do ICMS nem do ISS, do período de janeiro/2008 a dezembro/2009, e em seguida, a título de amostragem, apenas 20 (vinte) notas fiscais de prestação de serviços do universo mensal, para cada um dos 24 (vinte e quatro) meses do período fiscalizado.

Diante dos elementos trazidos à colação, a 3ª JJF converte novamente este PAF em diligência para que o Autuante elabore demonstrativo, referente ao período fiscalizado, separando os valores oriundos de operações e prestações de serviços sujeitos a incidência do ICMS (transporte e comunicação), daqueles oriundos de prestações de serviço sujeitos exclusivamente à incidência do ISS.

O Autuante presta informação fiscal a respeito da diligência solicitada fls.691/697 (Volume III). Diz que sua manifestação versa apenas sobre a infração 01, conforme solicitação da 3ª JJF. Afirma que embora não mencionado, reitera na íntegra, o quanto reclamado na Infração 02, nos mesmos termos já tratados anteriormente neste PAF às fls. 81 e 82.

Aduz que verificando os demonstrativos preparados pela recorrente, tem a oportunidade de constatar que as notas fiscais apresentadas, tanto as sujeitas ao ISS como aquelas apenas referidas sujeitas ao ICMS, referem-se apenas às de faturamento, ou seja, no levantamento levado a efeito, a defendente apenas apresenta as notas de vendas, tanto as de serviço como as de comercialização e industrialização sujeitas à incidência do ICMS (estas em menor número). As notas fiscais de aquisição de insumos emitidas dentro da legislação do ICMS, bem como, as de remessa pelos clientes contratantes dos equipamentos, partes e peças para a execução dos serviços de usinagem, metalização, recuperação e outros tantos, a maior parte deles considerados pela legislação como de industrialização e o correspondente retorno para os respectivos remetentes, não foram apresentadas. Destaca que não foram apresentadas na referida peça de defesa, mas que todos estes documentos foram lhe foram entregues para a realização da diligência.

Observa que os citados documentos não foram tratados anteriormente por não terem relação com o presente PAF, que tratou de multa pelo não detalhamento pela autuada, nos registros 54 dos arquivos magnéticos apresentados dos valores das notas fiscais informadas nos registros 50, também na medida em que não foram considerados na impugnação e ainda por não terem a ver com o solicitado pela relatoria, qual seja as incidências tributárias do ICMS sobre transporte e comunicação.

Pertinente ao solicitado na diligência fiscal, concernente à infração 01, afirma que o contribuinte foi autuado com fundamento na lei estadual 7014/1996 e RICMS-BA/1997, especialmente no Convênio ICMS 57/1995 com multa pelo descumprimento de obrigação acessória decorrente da sua condição de Contribuinte do ICMS inscrito na Secretaria da Fazenda do Estado.

Afirma que procede ao levantamento fiscal dos valores das operações registradas nos livros Registro de Apuração do ICMS dos exercícios de 2008 e 2009, classificadas de acordo com os Códigos Fiscais das Operações – CFOPs conforme Anexo I – Levantamento mensal no período de 01/01/2008 a 31/12/2009, das operações sujeitas à Legislação do ICMS, tomando por base os registros efetuados nos livros Registro de Apuração do ICMS dos exercícios de 2008 e 2009, da empresa Tecquímica – Tecnologia e Usinagem e Serviços Ltda, em 18 folhas impressas apenas no anverso.

No Anexo II – Código Fiscal das Operações – CFOPs das operações registradas no RAICMS nos exercícios de 2008 e 2009, diz que detalha os CFOPs utilizados pela recorrente, para facilitar a consulta e em consequência o entendimento das operações realizadas.

Já no Anexo III – Cópias das folhas do livro fiscal Registro do ISS (no período de maio a dezembro/2009) são apresentadas as operações mensais realizadas sob a Legislação do ISS – Imposto sobre serviços, da competência municipal, embora parcial, pois somente foi apresentado o livro fiscal Registro de Serviços da Prefeitura Municipal de Dias d'Ávila do período começado em junho de 2009 a dezembro de 2009 (7 meses) e não dos 24 (vinte e quatro) meses da Fiscalização que compreendeu o período de janeiro/2008 a dezembro/2009.

No Anexo IV - Relação das Entradas e Saídas de Operações de Transporte e de Comunicação, levantadas a partir dos livros Registro de Apuração do ICMS dos exercícios de 2008 e 2009 sujeitas ao ICMS (solicitados pela Relatoria) e sujeitas ao ISS com base no levantamento ofertado pela empresa, além dos valores do ISS com base no livro Registro de ISS apresentado, bem como operações de saídas comerciais e industriais com base no RAICMS e no levantamento preparado pela empresa, coluna com as operações de saídas tributadas pelo ICMS e coluna em que os valores faturados não foram tributados nem pelo ICMS e nem pelo ISS – afirma que destaca as operações classificadas como transporte, ainda que só existam do lado das entradas, uma vez que não foram registradas operações classificadas como de comunicação, nem do lado das entradas nem das saídas.

Observa que neste anexo, informa na coluna (IV) os valores sujeitos ao ISS conforme o demonstrativo preparado pela defendente. Na coluna (V) os valores oferecidos à tributação do ISS, conforme o livro Registro de ISS apresentado. Na coluna (VI) aparecem os valores oferecidos à tributação do ICMS conforme o livro RAICMS da recorrente. Na coluna (VII) estão os valores oferecidos à tributação do ICMS conforme o demonstrativo preparado pela recorrente. Finalmente na coluna (VIII) apresentamos os valores que no demonstrativo apresentado na impugnação pela autuada, não foram oferecidos à tributação nem do ICMS e nem do ISS.

Explica que o livro de ISS (numerado como 4) apresentado, contempla a escrituração das operações sujeitas ao ISS da competência municipal do período de maio/2009 até março/2016, sendo o período abrangido por este PAF apenas de maio a dezembro/2009. O mesmo encontra-se autenticado pela Prefeitura Municipal de Dias d'Ávila. Os registros em livro do período de janeiro/2008 a abril/2009 não foram apresentados, o que poderá indicar a não existência dos mesmos.

Reitera que deve se observar que o Auto de Infração questionado, peça inicial deste PAF é de multa e não de ICMS. Por outro lado, a diligência solicitada pela Junta de Julgamento Fiscal foi para destacar as operações e prestações de serviços sujeitos à incidência do ICMS, especificamente o ICMS sobre transporte e comunicação.

Aduz que a 3ª Junta de Julgamento Fiscal converte este processo em diligência, para que a autuada, referente ao período fiscalizado, elabore demonstrativo no qual destaque em coluna ou colunas próprias, as operações e prestações de serviços sujeitas à incidência do ICMS relativos a transporte e comunicação e em outra coluna específica as prestações de serviço sujeitas exclusivamente ao ISS. Determina ainda, que com base nos livros e documentos fiscais da empresa, efetue os necessários ajustes no levantamento preparado pela autuada e elabore novo demonstrativo do débito.

Afirma que foi solicitado ainda, que fosse levantado os montantes de ICMS devido relativos às operações de transporte e comunicação e as operações sujeitas exclusivamente ao ISS. Assim, diz ter preparado o demonstrativo ANEXO IV - Relação das entradas e saídas de operações de transporte e de comunicação, levantadas a partir dos livros Registro de Apuração do ICMS dos exercícios de 2008 e 2009 e sujeitas ao ISS com base no levantamento ofertado pela empresa, além dos valores do ISS, com base no livro registro de ISS apresentado.

Na coluna (III) apresenta as operações sujeitas à incidência do ICMS conforme os CFOPs indicados que detalha ao final da planilha, levantados junto aos livros RAICMS dos exercícios de 2008 e 2009, com o detalhe que são referentes apenas a operações de entrada, devido ao fato de a autuada não ter realizado nenhuma operação de Saídas sujeitas à incidência do ICMS sobre transporte e comunicação. Na coluna (IV) informa os montantes das operações sujeitas exclusivamente ao ISS, conforme levantamento oferecido pela autuada nos demonstrativos constantes das fls. 156 a 198 deste PAF. Na coluna (V) apresenta os valores das operações sujeitas à incidência do ISS, em conformidade com o livro Registro de ISS registrado e autenticado pela Prefeitura do município de Dias d'Ávila, chamando atenção que somente foi apresentado um livro, no qual constam as operações a partir de maio/2009.

Na coluna (VI) são apresentadas as operações de saídas da autuada de comercialização e industrialização sujeitas à incidência do ICMS e que nada têm a ver com operações de saídas sujeitas a incidência do ICMS de transporte e comunicação, conforme já referido anteriormente. Na coluna (VII) apresenta os montantes informados pela empresa autuada, levantados a partir das informações constantes dos demonstrativos trazidos aos autos, existentes das fls. 156 a 198, sujeitos à incidência do ICMS.

Finalmente na coluna (VIII) informa que com base no levantamento apresentado pela autuada nas fls. de nº 156 a 198, as operações que não foram tributadas nem pelo ICMS e nem pelo ISS.

Aduz que a impugnação, em algumas partes, afirma que não seria devedora de ICMS. De fato, na Infração 01, o Auto de infração não aponta dívida de ICMS. Na Infração 01 cobra-se multa pelo descumprimento de obrigação acessória, a saber: falta de detalhamento dos registros 50 (entradas e saídas) que apresentam os totais das notas fiscais tanto de entradas como de saídas, a ser feita nos registros 54. A empresa foi regularmente intimada para reenviar os arquivos com a regularização solicitada, ou seja, o detalhamento nos registros 54 dos totais das notas fiscais informadas nos registros 50. O que não foi feito e em consequência a empresa foi autuada nos termos da Infração 01 e com respaldo na lei e no regulamento.

Entende que a empresa não pode dizer que não tem a obrigação de cumprir a legislação do ICMS, visto que está inscrita no Cadastro do ICMS estadual. Realiza operações sujeitas à incidência do ICMS. Possui e escritura os livros fiscais exigidos pela legislação do ICMS. Efetua recolhimentos de ICMS decorrentes das suas operações com incidência do ICMS, tanto de industrialização como de comercialização, embora nas Relações de DAES somente apareça o código de recolhimento 759 ICMS Regime Normal Comércio, não aparecendo o código 806 ICMS Regime Normal Indústria.

Conclui que o Auto de Infração é procedente e por estar em conformidade com as exigências de ordem legal, deverá subsistir na sua integralidade.

O autuado tomou ciência da informação fiscal sobre a diligência realizada, com os valores atinentes a suas operações de prestação de serviços com incidência exclusiva de ISS segregados fls.784/788, com **Reabertura de Prazo** de defesa para se manifestar e permaneceu silente.

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 defendente não contestou o mérito da infração 02 que considero subsistente visto que sobre ela não há lide a ser julgada.

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.

De acordo com o art. 173, I do CTN, *“o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”*.

O entendimento que vem prevalecendo no CONSEF, inclusive amparado no Parecer de Uniformização da PGE/PROFIS, é no sentido de que “o lançamento por homologação seria aquele em que o sujeito passivo tem o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, sendo aplicável a regra do art. 150, § 4º, do CTN, ou seja, o referido dispositivo aplica-se aos casos em que haja algum pagamento a ser homologado, de acordo com a apuração feita pelo contribuinte”.

A partir dessa análise, pode-se apurar a existência de débito declarado e não pago e tributo não declarado e não recolhido (situação de total omissão, nada havendo a homologar), ou ainda, casos em que, mesmo havendo algum pagamento, o contribuinte agiu com dolo, fraude ou simulação.

As disposições do artigo 173, I, do CTN 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, entendo 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.

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 o artigo 173, I, do CTN, 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, referente 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, para que fossem sanadas as inconsistências apontadas, 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, incluíam operações de prestações de serviços relativos a industrialização por encomendas, sobre as quais não incidem o ICMS e sim, o ISS, de competência municipal.

Considerando as razões defensivas de que o Autuante teria utilizado como base de cálculo para aplicação da multa, as operações das saídas totais do contribuinte, aí incluídas indevidamente notas fiscais de prestação de serviços que estão fora da incidência do ICMS, notas fiscais estas, que se sujeitam apenas a incidência do ISS, 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 30 (trinta) dias pleiteada pelo defendente fl.91, este não se manifestou.

Considerando o não atendimento do autuado a fim de se possibilitar a realização da diligência requerida, no sentido de comprovar suas alegações, o Auto de Infração foi pautado e decidiu-se por unanimidade pela Procedência da autuação.

Tomando conhecimento da Decisão, a autuada impetrou Recurso Voluntário que resultou no acórdão CJF nº 0341-12/15, declarando-se a Nulidade do Acórdão da JJF Nº 0090-03/15, sob o fundamento de que ocorrera prejuízo ao contribuinte no seu direito ao contraditório, por não ter tomado ciência do despacho relativo à dilação de prazo para sua manifestação nos autos, retornando o presente Processo Administrativo Fiscal-PAF para nova Decisão em primeira instância.

Ao tomar ciência da Decisão de 2ª Instancia, ato contínuo, a autuada apresentou Demonstrativos de Faturamento destacando as operações sujeitas ao ICMS e ao ISS, com nota fiscal de faturamento sujeitas tanto ao ICMS como ao ISS, assim como, aquelas que no seu entendimento não tinham incidência nem do ICMS nem do ISS, do período de janeiro/2008 a dezembro/2009, e apensou documentos fiscais referentes aos meses do período fiscalizado.

Diante dos elementos trazidos à colação, a 3ª JJF converteu novamente o PAF em diligência para que o Autuante elaborasse demonstrativo, referente ao período fiscalizado, separando os valores oriundos de operações e prestações de serviços sujeitos a incidência do ICMS (transporte e comunicação), daqueles oriundos de prestações de serviço sujeitos exclusivamente à incidência do ISS.

O Autuante cumpriu a diligência apensando os demonstrativos solicitados fls. 691/697.

Da análise dos elementos que compõem o presente PAF, observo que de fato, conforme alegado pelo defendente, a Fiscalização tomou o valor total das Saídas do sujeito passivo declarado na DMA - Declaração mensal da apuração do ICMS e sobre este montante aplicou a multa aqui discutida de 1%. Este procedimento se encontra explicitado no auto de infração no campo descrição dos fatos.

O próprio Autuante confirma em sua informação fiscal que a autuada opera no ramo de código CNAE 2539001 – Serviço de usinagem, tornearia e solda, realizando operações sujeitas ao controle fiscal do ICMS nas operações de industrialização, assim como, realiza no âmbito da tributação do ISS Municipal, operações sujeitas a este tributo, no que se submete às regras do município em que se localiza a sua sede.

O contribuinte não apontou equívocos nos cálculos levado a efeito pelo Fisco para a exigência do crédito tributário. Não nega que de fato, descumpriu a obrigação acessória aqui discutida. Se insurgiu apenas, contra ao fato de se apurar a base de cálculo incluindo nesta, notas fiscais que acobertam prestação de serviço fora da hipótese de incidência do ICMS, contestando a cobrança da multa aplicada, nos moldes como foi apurada.

Este CONSEF através de várias Decisões, a exemplo nesse sentido do Acórdão JF Nº0379/01-03, vem reiterando posicionamento no sentido de que, estando demonstrado que se trata de fornecimento de mercadoria ou prestação serviço sujeita exclusivamente à incidência do ISS, não há que se falar em tributação pelo ICMS. Onde descabe a obrigação principal, não pode se exigir a obrigação acessória. Embora nestes autos não se esteja cobrando o imposto, resta claro, a impossibilidade de se aplicar a multa aqui discutida prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea “i” da Lei nº 7.014/96, sobre todas as operações comerciais do sujeito passivo, aí incluídas operações fora da hipótese de incidência do ICMS.

O citado dispositivo estabelece 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*”.

Da leitura deste dispositivo, depreende-se que o percentual relativamente a multa deve ser aplicada sobre o valor das entradas e saídas de mercadorias, bem como, das prestações de serviços tomadas e realizadas, omitidas de arquivos eletrônicos, que estejam no campo da incidência do ICMS. Sobre as operações de competência exclusiva dos Municípios, ainda que o sujeito passivo registre em sua escrituração, carece competência ao Fisco estadual para fiscalizar.

Dessa forma, a 3ª JF converteu o PAF em diligência com a finalidade de serem excluídos do levantamento fiscal os documentos que retratavam operações com incidência exclusivamente do ISS / imposto Sobre Serviços de qualquer natureza.

Observo que em atendimento a diligência solicitada, o Autuante elaborou demonstrativo, Anexo IV, folhas 731 a 733, separando os valores no que tange a incidência exclusivamente do ISS, (colunas 04 e 05), que por sua vez tiveram como suporte os livros e documentos apresentados pelo contribuinte.

Importante ressaltar que o autuado tomou ciência da diligência fiscal fls.784/788, onde se apurou os valores reclamados em sua impugnação a título de prestação de serviços, com reabertura de prazo de defesa para se manifestar e permaneceu silente

Após os ajustes realizados, a infração 01 resta parcialmente caracterizada conforme demonstrativo abaixo:

| Exercício | BC lançado originalmente | Operações sujeitas exclusivamente a incidência do ISS | BC com exclusão das operações sujeitas ao ISS | Alíquota | Valor histórico |
|-----------|--------------------------|---|---|----------|------------------|
| 2008 | 9.618.980,21 | 3.534.999,75 | 6.083.980,46 | 1% | 60.839,80 |
| 2009 | 8.959.482,89 | 5.703.774,88 | 3.255.708,01 | 1% | 32.557,08 |
| | 18.578.463,10 | 9.238.774,63 | 9.339.688,47 | | 93.396,88 |

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.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** 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, e dos acréscimos legais, além da multa pelo descumprimento da obrigação acessória no valor de **R\$93.396,88**, prevista no inciso XIII-A alínea “i” art. 42 do citado diploma legal e dos acréscimos moratórios previstos pela Lei 9.837/05.

Esta Junta de julgamento recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de novembro de 2017.

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - RELATORA

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA - JULGADOR