

A. I. Nº - 301720.3000/16-2
AUTUADO - MINERAÇÃO BLAUW S.A.
AUTUANTE - FRANCISCO DE ASSIS SABINO DANTAS
ORIGEM - INFRAZ SEABRA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 18.12.2017

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0235-04/17

EMENTA: ICMS. 1. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS DECLARADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. EXPORTAÇÕES INDIRETAS. FALTA DE COMPROVAÇÃO DAS OCORRÊNCIAS DAS EXPORTAÇÕES. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Autuado apresentou documentos comprobatórios atestando a efetivação das operações de exportações. Fato reconhecido pelo autuante. Acusação insubstancial. 2. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES FISCAIS. DECLARAÇÃO E APURAÇÃO MENSAL do ICMS – DMA. FALTA DE APRESENTAÇÃO. MULTAS. Ficou caracterizado que em parte do período autuado o autuado se encontrava desobrigado à apresentação da DMA. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em referência foi expedido em 28/12/2016 objetivando reclamar crédito tributário no montante de R\$25.197,17 em decorrência das seguintes acusações:

1 - Deixou de recolher o ICMS no total de R\$20.597,17 em razão de registro de operação tributada como não tributada, nas saídas de mercadorias acobertadas por notas fiscais com fim específico de exportação (exportação indireta), sem comprovação da efetiva saída do país por intermédio de Registros de Exportação emitidos pelo destinatário, condição necessária ao reconhecimento da não incidência, referente às notas fiscais nº 36, 37, 02, 62, 63, 74, 76, 78, 79, 80 e 82.

2 – Falta de apresentação da DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS), período de outubro/2015 a julho/2016. Multas no total de R\$4.600,00 com previsão no Art. 42, inciso XV, alínea “h” da Lei nº 7.014/96.

O autuado, por intermédio de seus patronos, ingressou com Impugnação ao lançamento, onde, após uma breve síntese passou a arguir a inexistência das infrações apontadas, suscitando, de início a nulidade do Auto de Infração, oportunidade em que passou a tecer comentários acerca de exportação indireta, suas características e a legislação tributária aplicável.

Em relação à infração 01 defendeu que o autuante quedou-se omisso quando da sua averiguação *in loco*, já que toda a documentação probatória essencial à configuração da exportação foi devidamente produzida em conformidade com a norma legal, atestadas pelos documentos anexos, (Memorando de Exportação, Conhecimento de Embarque, Declaração de Exportação e Registro de Exportação).

Ressaltou a dificuldade para demonstrar toda a documentação pelo fato do exportador, que detinha grande parte da documentação, estar situado em outro Estado, ensejando considerável tempo para colher todos os documentos necessários para lhe encaminhar, além do fato de que de toda a documentação original (notas fiscais), objeto da fiscalização, se encontrar em posse da SEFAZ-BA, de sorte que ao exercer a sua atividade fim, realiza diversas operações comerciais, dificultando, destarte, a descoberta acerca de qual venda estava sendo objeto de autuação.

Pontuou, ainda, que pelo fato da empresa, à época, encontrar-se em férias coletivas desde 26/12/2016, enquanto que a lavratura do Auto de Infração ocorreu dois dias após, em 28/12/2016, se encontrava, por óbvio, em condição reduzida de mão de obra para coleta das provas necessárias para ilidir prontamente as alegações.

Sustenta que, inequivocamente, comprova a transação de exportação, o envio físico das mercadorias para fora do país e a correlação entre as notas fiscais de venda e os registros realizados pela empresa exportadora, motivo pelo qual ensejará a anulação do lançamento tributário guerreado ante a não incidência tributária do ICMS estatuída na Lei Complementar nº 87/96 e Código Tributário do Estado da Bahia.

Adentra à infração 02, que trata de falta de Apresentação da DMA no período de 10/2015 a 07/2016, onde após transcrever o Art. 255 do RICMS/BA, destacou os seus §§ 2º e 4º:

§ 2º A DMA e a CS-DMA serão enviadas, mensalmente, até o dia 20 de cada mês subsequente ao de referência, mediante acesso público no endereço eletrônico <http://www.sefaz.ba.gov.br...com> valores expressos em moeda nacional, considerando-se os centavos.

§ 4º A Secretaria da Fazenda tornará disponível aos contribuintes do ICMS aplicativo para uso obrigatório na entrega da DMA e da CS-DMA.

Pelo que se observa da norma regulamentar acima, destaca que a SEFAZ-BA disponibilizará aplicativo próprio e específico, através do seu sítio eletrônico para que os contribuintes enviem as DMA's mensalmente, destacando que foi utilizando desse mecanismo legal que os envios das DMA não puderam ser processados em virtude dos seguintes motivos:

1) O processo de baixa da respectiva filial, ora autuada, foi atrelado à mudança de endereço da sede da MATRIZ de Vitoria/ES para Oliveira dos Brejinhos/BA (ata em anexo), de modo que na mesma Ata de Assembleia Geral (arquivada na JUCE-ES em 29/04/2015), protocolado na Junta Comercial da Bahia em 09/09/2015, consignou-se a alteração do endereço da matriz e respectiva baixa da empresa filial (autuada), não obstante, o procedimento de arquivamento perante a JUCEB entrou em "exigências" onde só foi totalmente regularizado e deferido em 14/07/2016. Portanto, o estabelecimento filial autuado estava inoperante desde 29/04/2015, quando houve o arquivamento da Ata de Assembleia deliberativa para baixa perante a Junta Comercial do Espírito Santo, inexistindo, destarte, valores a serem declarados a título de ICMS para o fisco estadual desde então.

2) Salienta que corroborando com a incontestável impossibilidade de envio das referidas declarações, foi tentado enviar as DMA no período de 02/2016 a 07/2016 (período em que se processava a baixa perante a JUCEB), entretanto deparou-se com a impossibilidade do próprio sistema, uma vez que a SEFAZ/BA colocou sua inscrição estadual em situação "INAPTA- Motivo desta situação cadastral: art.27- inc VI- DMA" em 24/02/2016, conforme cadastro comprobatório em anexo, sendo que tal situação em seu cadastro impede que o sistema recepcione a referida declaração sob a alegação de "ERRO- Contribuinte não obrigado à entrega de DMA".

Nesta senda destacou que se o objetivo principal da DMA é informar as operações e prestações realizadas no estabelecimento, do primeiro ao último dia do mês anterior, especificando as operações de entradas e saídas de mercadorias, bem como os serviços utilizados ou prestados, por unidade da Federação (art. 255, § 1º, I RICMS/2012) a fim de se apurar o ICMS devido a cada mês, e o estabelecimento autuado teve a sua baixa deliberada por Ata de Assembleia Geral devidamente arquivada, estando eminentemente inativa, não há que se falar que enseje a obrigação de envio das declarações em período posterior à sua inatividade, já que não existiram operações aptas a gerarem a obrigação de recolher ICMS.

Nessa toada, seja em razão da deliberação sobre a baixa definitiva da empresa ter ocorrido em 29/04/2015 (anterior aos períodos cobrados), momento em que desde então permaneceu inativa, ou, seja pela impossibilidade de envio das DMA em virtude do óbice instaurado pela própria

SEFAZ-BA, pugna pelo cancelamento das multas aplicadas com esteio no § 7º do artigo 42 da Lei 7.014/96 já que o descumprimento não derivou de dolo, fraude ou simulação além de não ter implicado falta de recolhimento do ICMS, mormente pela inexistência de fato gerador no período suscitado.

Em seguida passou a discorrer a respeito da multa de 60% aplicada na infração 01, a qual, ao seu entender representa verdadeiro confisco por parte do Estado da Bahia, citando jurisprudência de Tribunal Superior a este respeito, afirmando que fere direito do contribuinte a imposição de multa meramente confiscatória, ferindo também o art. 150, IV, do CTN e o art. 5º, LIV, da CF/88. Afirma, ainda, que o assunto toma relevância muito maior quando se percebe que a multa pretendida pela autoridade fiscal é oriunda de obrigação que se quer existiu fato gerador e muito menos ilícito normativo capaz de gerar a sua aplicabilidade.

Em conclusão requer que, caso este Conselho não entenda pela nulidade do lançamento vergastado, que seja reduzida o percentual arbitrado a título de multa moratória, sob pena de incorrer em verdadeira afronta aos preceitos constitucionais que regem a matéria.

O autuante produziu a Informação Fiscal, mencionando que inicialmente procedeu a devida intimação *in loco*, no dia 14/12/16 e, considerando que o contribuinte não a atendeu, procedeu nova intimação no dia 22/12/2016.

Após efetuar uma breve síntese da defesa, destacou que o presente Auto de Infração compõe-se de duas infrações, sendo que, na primeira foi reclamado o ICMS em razão de registro de operações tributáveis como não tributáveis, representadas por operações de saídas de mercadorias acobertadas por Notas Fiscais com o fim específico de exportação (exportação indireta), enquanto que a segunda trata de aplicação de penalidade em razão da falta de entrega da Declaração e Apuração Mensal do ICMS (DMA).

Ao adentrar ao mérito da autuação, no que diz respeito à infração 01, destacou as inúmeras tentativas que realizou no sentido de que o autuado lhe apresentasse a documentação que comprovasse a efetiva exportação das mercadorias que foram objeto da autuação, porém não obteve sucesso.

Não obstante este fato, destacou que considerando que às fls. 30 a 107 da Defesa, o autuado apresentou comprovantes de realização de tais operações, não lhe resta outra alternativa senão acatá-las. Entretanto, em razão do autuado não ter atendido às intimações que lhe foram entregues anteriormente nesse sentido, propõe que a infração seja convertida em aplicação da penalidade no valor de R\$920,00 prevista pelo Art. 42, inciso XX, "b" da Lei nº 7.014/96.

No tocante à Infração 2, relativamente à multa pela falta de apresentação da DMA, menciona que o autuado reconhece que não fez a respectiva apresentação e passa a se defender afirmando que tais "[...] não puderam se reprocessadas [...]". e, ainda, "I ... I deparou com a impossibilidade do próprio sistema", elencando uma série de motivos os quais não justificam a inobservância da legislação do ICMS.

Observa que sobre o contribuinte recai a obrigatoriedade de apresentação de DMA, conforme Art. 255 do Decreto 13.780/2012, que aprovou o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia:

Art. 255. A Declaração e Apuração Mensal do ICMS (DMA) deverá ser apresentada mensalmente pelos contribuintes que apurem o imposto pelo regime de conta-corrente fiscal ou pelo regime simplificado de tributação para empresas de construção civil.

o contribuinte não apresentou a citada declaração. Ora, é sabido que a obrigação acessória converte-se em principal, citando o CTN a este respeito e, ao final, manteve integralmente a penalidade aplicada.

Em seguida discordou dos argumentos defensivos acerca da multa de 60% aplicada à infração 01, enquanto que, em relação a infração 02 onde o autuado requereu sua nulidade, considera que não existe amparo legal para tal requerimento e conclui pugnando pela Procedência Parcial do Auto

de Infração, considerando que o autuado não atendeu às intimações do fisco, relativamente à Infração 1, a qual requer que seja convertida em penalidade fixa, já que a documentação comprobatória das exportações somente foi apresentada quando da apresentação da Defesa, e mantém integralmente a infração 02.

Em sua manifestação acerca da Informação Fiscal, o autuado pontuou que em razão de lhe ter sido oportunizado novo pronunciamento acerca das acusações, após efetuar uma sínteses nos argumentos trazidos pelo autuante através da Informação Fiscal, sustenta que o Auto de Infração está cristalinamente maculado pela inexistência de infração apta a dar prosseguimento a qualquer atuação estatal, seja pela impossibilidade de conversão da penalidade, diga-se de passagem, até então nunca ventilada pela autuante, seja pela ausência de conduta infracional quando o contribuinte de boa-fé estava completamente impossibilitado de exercer o seu dever instrumental.

Ao passar a analisar os termos constantes do pronunciamento do autuante, enaltece que observa que estranhamente o autuante ao vislumbrar o cumprimento das exigências legais para não incidência do ICMS fruto de exportação indireta, objeto do presente auto de infração, entendeu por direito converter o lançamento tributário para fazer incidir uma nova infração à legislação: a de não entrega da documentação quando solicitada.

A este respeito assevera que não há que se cogitar a descoberta desta espécie de infração meses após ocorrida a autuação, transparecendo, por óbvio, que em virtude da infrutífera tentativa de impor a tributação do ICMS - já que devidamente comprovado nos autos o preenchimento dos requisitos legais para a não incidência - o lançamento ainda assim deveria ter um feedback arrecadatório, convolvendo-se para uma nova e inusitada penalidade, agindo o autuante com tamanha irrazoabilidade e desproporcionalidade com o contribuinte de boa-fé que, ao contrário do quanto alegado, manteve-se a todo instante solidário ao Fisco.

Após ressaltar as dificuldades que teve para apresentar toda a documentação comprobatória das exportações, ressaltou que a autuação ocorreu em período que a empresa não tinha fluxo comercial, portanto, não necessitava de funcionários, dando férias para os seus subordinados, sendo completamente inviável diligenciar toda a documentação em tão pouco tempo.

Acrescentou que o inciso XX do Art. 42 da Lei 7.014/96 é claro em estabelecer que aplicar-se-á multa para aquele que, dentro do prazo de 48 horas, deixar de prestar esclarecimento ou informação, de exibir livro ou documento, observando que a intenção do legislador é a de punir aquele contribuinte que não cumpre com o seu dever de colaboração com o Fisco, que se mostra desidioso, e, não como forma subsidiária de aplicar uma penalidade para aquele que, mesmo diligente, não consegue acostar os documentos no tempo requerido.

Desta maneira, sustenta que ausentes às supostas irregularidades previstas no Auto de Infração, não há que se falar em descumprimento da legislação ou penalidade suplementar convertida, sob pena de enriquecimento sem causa do ente estatal.

Quanto a infração 02 ratificou e praticamente reproduziu os argumentos apresentados através da Defesa inicial, requerendo ao final o cancelamento da penalidade aplicada.

VOTO

Da análise das peças que integram os presentes autos constatei que este, originalmente estava com sua numeração sequenciada normalmente até a fl. 54. Entretanto, em seguida foram juntadas duas peças sem numeração e, a partir da Defesa, o processo passou a ser numerado como sendo novamente fl. 01 (página inicial) e assim sucessivamente.

Desta maneira, determino a Secretaria do CONSEF, através da sua Coordenação Administrativa, que o presente processo seja renumerado a partir da fl. 54 para que, assim, obtenha uma correta numeração do mesmo.

O autuado suscitou a nulidade do Auto de Infração apresentando argumentos que a rigor estão relacionados ao mérito da autuação, onde serão devidamente analisados. Tendo em vista que não vislumbro no presente lançamento afronta às normas estabelecidas pelo RPAF/BA, especialmente em seu Art. 39, ultrapasso o pedido de nulidade e passo ao exame do mérito.

Assim é que a infração 01 se refere à acusação da ocorrência de operações consideradas como exportação indireta, entretanto, não houve a efetiva comprovação dessas exportações à época da fiscalização, sendo, por este motivo, consideradas pelo autuante como operações tributáveis. Portanto, na forma em que o caso se apresenta, estamos diante de uma situação eminentemente fática, probatória, e dentro desta ótica a analisarei.

É fato que em momento pretérito a comprovação dessas exportações não foi possível pelo autuado ante aos motivos fartamente disseminados no relatório, entretanto, agora, fez acompanhar da peça defensiva farto material que identifica individualmente cada operação e as respectivas comprovações das efetivas exportações, documentos estes que foram detidamente analisados pelo autuante que os acolheu e ratificou a correção dos mesmos, o que significa dizer, atestam as aludidas operações de exportações.

Nesse rumo, analisando tais documentos, entendo correto o posicionamento do autuante ao acolher os elementos comprobatórios das exportações ora apresentados pelo autuado e, em vista disto, desnecessário se torna maiores comentários, razão pela qual afasto a exigência do imposto no valor de R\$20.597,17 referente a infração 01.

Quanto à proposição do autuante para que seja aplicada a penalidade prevista pelo Art. 42, inciso XX da Lei nº 7.014/96 em vista de descumprimento da obrigação acessória quanto ao não atendimento das intimações para apresentações dos documentos comprobatórios às efetivas exportações, vejo que este é momento inapropriado para emprego da norma prevista pelo Art. 158 do RPAF/BA, a uma ante aos argumentos trazidos pelo autuado em relação a sua inatividade, os quais considero pertinentes. A duas, que tal penalidade deveria ter sido aplicada pelo próprio autuante, no curso da ação fiscal, e não agora, quando efetivamente ocorreu a comprovação das exportações.

Infração 01 improcedente.

Em relação às penalidades indicadas através da infração 02, pela falta de entrega das DMA, vejo que estas abrangeram o período de outubro/15 a julho/16, totalizando a quantia de R\$4.600,00.

De acordo com o extrato Dados Cadastrais do autuado, emitido em 29/12/2016 pelo autuante, fl. 27, portanto, um dia após a lavratura do Auto de Infração, o autuado desde 27/07/2016, de acordo com o Edital nº 29/2016, já se encontrava na condição “baixa” e desde 24/02/2016 na condição “inaptidão”.

Portanto, para os períodos de outubro/2015 até janeiro/2016, o autuado se encontrava inscrito na Sefaz na condição “normal” situação esta que, independentemente da sua condição de inatividade extrativa (industrial) estava obrigado a apresentar as DMA, mesmo com a indicação “sem movimento”.

Entretanto para os períodos envolvendo os meses de fevereiro/16 até julho/16, o autuado estava desobrigado a apresentação das DMA ante sua condição cadastral perante a SEFAZ, situação esta que denota impossibilidade da apresentação de acordo com o próprio sistema.

Em vista do quanto exposto, julgo a infração 02 parcialmente subsistente no valor de R\$1.840,00 referentes aos meses de outubro/15 a janeiro/16, os quais, efetivamente, o autuado se encontrava obrigado à apresentação das DMA.

Quanto ao pedido de redução ou de cancelamento da penalidade não o acolho ante a importância da apresentação das DMA no tocante aos cálculos pelo Estado dos valores concernentes ao fundo de participação dos municípios.

No tocante aos argumentos relacionados a multa de 60% aplicada na infração 01, ante a improcedência da mesma, torna-se desnecessário qualquer enfrentamento.

Em conclusão voto pela Procedência Parcial do presente Auto de Infração no valor de R\$1.840,00.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **301720.3000/16-2** lavrado contra **MINERAÇÃO BLAUW S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$1.840,00**, prevista pelo Art. 42, inciso XV, alínea “h” da Lei nº **7.014/96** e dos acréscimos moratórios na forma estabelecida pela Lei nº **9.837/05**.

Sala das Sessões do CONSEF, em 07 de dezembro de 2017

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE / RELATOR.

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA