

**PROCESSO** - A. I. Nº- 146528.0038/13-0  
**RECORRENTES** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL E TECQUÍMICA – TECNOLOGIA EM USINAGEM E SERVIÇOS LTDA.  
**RECORRIDOS** - TECQUÍMICA – TECNOLOGIA EM USINAGEM E SERVIÇOS LTDA E FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSOS** - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JJF nº 0223-03/17  
**ORIGEM** - INFAZ INDÚSTRIA  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 12/07/2019

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACORDÃO CJF Nº 0129-12/19

**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. Mantida a Decisão recorrida. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS AO USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Acolhida arguição de decadência para os períodos de 2008. Modificada a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIOS

Cuidam os autos de Recurso de Ofício, em razão de a Decisão proferida por meio do Acórdão da 3ª JJF nº 0223-03/17 ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito que lhe foi imputado, consoante determina o art. 169, I, “a” do RPAF-BA/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia; Decreto nº 7.629/1999), e de Recurso Voluntário, interposto pelo contribuinte que, inconformado, apresenta a peça de irrisignação com respaldo no art. 169, I, “b” do citado Regulamento.

O 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 Auto de Infração foi julgado Procedente pela 3ª Junta, Acórdão JJF 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.

A 3ª JJF, em novo julgamento, decide pela Procedência Parcial da autuação conforme voto a seguir transcrito:

## **“VOTO**

*O auto de infração em lide refere-se à 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, 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.*

*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 à 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 à 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 à 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 Instância, 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 JJF 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 JJF 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.”

Em virtude de a desoneração ter ultrapassado o limite estabelecido no art. 169, I, “a” do RPAF-BA/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), a 3ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) recorreu de ofício da própria Decisão, contida no Acórdão JJF 0223-03/17.

Inconformada com o julgamento, a Recorrente apresenta Recurso Voluntário de fls. 816 a 824, onde reafirma os efeitos da decadência relativamente aos meses de janeiro a setembro de 2008, relativamente à infração 1 e que o procedimento fiscal se encontra em desacordo com o disposto no art. 150, §4º do CTN, que transcreve.

Em relação à infração 2, para cobrança de diferencial de alíquota ocorrida no mês de janeiro de 2008, também, no seu entendimento, já está alcançada pela decadência.

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 quase todas as operações de saída de prestação de serviços nos meses referentes à fiscalização, apesar da retificação do valor originário pela 3ª JJF, reduzindo-o, quando julgou o procedimento procedente em parte.

Sobre as obrigações acessórias tributárias 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 nº 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 à autuação se trata de prestações de serviços relativos à 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. Afirmar 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, cujo valor fora reduzido para R\$93.396,88, por decisão da 3ª JF, após análise da documentação anexada, quando, na verdade, caberia a extinção integral da multa.

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.

## VOTO

O Auto de Infração em lide refere-se à 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.

Preliminarmente argui a decadência relativamente aos meses de janeiro a setembro de 2008, da

infração 1 e, também, para a infração 2, que exige diferencial de alíquota ocorrida no mês de janeiro de 2008, asseverando que o procedimento fiscal encontra-se em desacordo com o disposto no art. 150, §4º do CTN, que transcreve.

A Recorrente não contestou o mérito da infração 02.

Início o meu julgamento no que tange ao Recurso de Ofício, referente à infração 1.

Esta infração refere-se à 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.

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.

Neste caso, tratando-se de constituição de crédito tributário, através de aplicação de penalidade pelo não cumprimento da obrigação acessória, entende que deve obedecer ao disciplinado no artigo 173 do CTN que estabelece *“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 Código Tributário tem dois artigos dispondo sobre a decadência: o art. 150, §4º, para lançamento por homologação, e; o art. 173, I, para lançamentos de ofício. Consequentemente, para sabermos qual regramento deve ser usado, temos que definir de maneira segura, quando estamos diante de um lançamento por homologação e quando estamos diante de um lançamento de ofício.

Primeiramente, vale transcrever os artigos 150, §4º e 173, I do CTN:

*“Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.*

*(...)*

*§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.”*

*(...)*

*“Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:*

*I - 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”.*

Portanto, sendo o lançamento referente à infração 1 decorrente da aplicação de penalidade pelo não cumprimento da obrigação acessória, entendo que deve obedecer ao disciplinado no artigo 173 do CTN.

Correta a decisão da JJF pelo não acolhimento da preliminar de decadência suscitada neste item.

No mérito, também coaduno com o entendimento manifestado na decisão de piso em que destaco o seguinte trecho:

*“Este CONSEF através de várias Decisões, a exemplo nesse sentido do Acórdão JJF 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.”*

Portanto, o percentual relativamente à multa deve ser aplicado 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.

Assim, a 3ª JJF, após diligência, excluiu do levantamento fiscal os documentos que retratavam operações com incidência exclusivamente do ISS / imposto Sobre Serviços.

A Recorrente 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.

Desta forma NEGOU PROVIMENTO ao Recurso de Ofício para manter a Decisão de piso

Passo, agora, a análise do Recurso Voluntário, referente às Infrações 1 e 2.

Da análise das peças que compõem este PAF, não resta dúvida do cometimento da infração contida no item 1 ao Auto de Infração, por descumprimento de obrigação acessória.

A Recorrente apresentou à SEFAZ, os dados contendo a movimentação comercial da empresa e os arquivos magnéticos fora dos padrões exigidos pela legislação específica, referente à 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.

Por duas vezes fora intimada (fl. 15 de 25.10.2013 e fl.19 de 12.11.2013), com a listagem dos arquivos recepcionados com as omissões apontadas – fls. 23/39, para que fossem sanadas as inconsistências apontadas, e não atendeu às intimações.

Em sua defesa alegou que as operações de saídas consideradas para apuração da base de cálculo do levantamento fiscal, incluíam operações de prestações de serviços relativos à industrialização por encomendas, sobre as quais não incidem o ICMS e sim, o ISS, de competência municipal.

A 3ª JJF converteu os autos em diligência e excluiu do levantamento fiscal os documentos que retratavam operações com incidência exclusivamente do ISS / imposto Sobre Serviços, atendendo ao alegado pela Recorrente, que tomou ciência da diligência fiscal fls.784/788, onde se apurou os valores reclamados em sua impugnação a título de prestação de serviços, e não se manifestou.

Portanto, restando comprovado o cometimento da infração e o saneamento dos autos após diligência, com exclusão dos valores referentes a operações com incidência exclusivamente do ISS, nego provimento ao Recurso Voluntário, para manter a decisão de piso pela Procedência Parcial da Infração 1.

Em relação à infração 2, para cobrança de diferencial de alíquota ocorrida no mês de janeiro de 2008, a Recorrente não discute o mérito, arguindo, tão somente, a sua decadência

A infração 2 exige diferencial de alíquota ocorrida no mês de janeiro de 2008, visto que o procedimento fiscal teve início em 25/10/2013, quando já tinham transcorridos mais de 5 anos da ocorrência do fato gerador.

Neste caso, diferentemente do lançamento para cobrança de multa por descumprimento de obrigação acessória, entendo que deve prevalecer a regra do artigo 150 do CTN que assim

determina:

*Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.*

*(...)*

*§ 4º Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.*

Portanto, acolho o Recurso Voluntário em relação à infração 2, reconhecendo a sua insubsistência em razão da decadência e concluo pela Procedência Parcial do Auto de Infração para cobrança da multa referente à infração 1, conforme decidiu a 3ª JJF.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e 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 recorrente para efetuar o pagamento da multa pelo descumprimento da obrigação acessória no valor de **R\$93.396,88**, prevista no art. 42, XIII-A, “i” da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de maio de 2019.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

CARLOS ANTONIO BORGES COHIM SILVA – RELATOR

EVANDRO KAPPES – REPR. DA PGE/PROFIS