

**A. I. N°** - 206833.0014/08-0  
**AUTUADO** - AUDIFAR COMERCIAL LTDA.  
**AUTUANTE** - ROBERTO VICENTE MARUBAYASHI  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**INTERNET** 09.11.09

**5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0308-05/09**

**EMENTA:** ICMS. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO DE SISTEMA ELETRÔNICO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. FALTA DE ENTREGA DE ARQUIVOS MAGNÉTICOS AO FISCO MEDIANTE INTIMAÇÃO. ARQUIVOS ENTREGUES COM INCONSISTÊNCIAS. MULTA. Comprovado que as intimações foram realizadas nos termos do § 3º do art. 708-B do RICMS/BA. Infração caracterizada. Rejeitadas as preliminares de nulidade e de decadência. Revista a data de vencimento da obrigação. Auto de infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 16/12/2008 e aplica penalidade por descumprimento de obrigação acessória, multa de 1%, no valor de R\$ 429.540,17, prevista no art. 42, XIII-A, “g” da Lei 7.014/96, por ter o sujeito passivo deixado de fornecer arquivos magnéticos exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas. Está consignado no corpo do ato preparatório do lançamento que *“os arquivos magnéticos em poder da SEFAZ não apresentam condições de fiscalização. Os exercícios de 2003 e 2004 até o mês de julho não apresentam registro 54 e no período de agosto a dezembro de 2004 também não apresentam registro 54 para transferências. Nos dois exercícios os campos Base de Cálculo de ICMS próprio e o valor do ICMS estão todos zerados. Para efeito da base de cálculo da multa de 1% foi utilizada a base de cálculo do ICMS por substituição tributária informada na GIA-ST, vez que os demais campos, Valor Total, Valor da Base de Cálculo do ICMS Próprio estão zerados. O contribuinte foi intimado por AR e mediante edital no Diário Oficial. Por AR foi enviada intimação e listagem de erros em mídia eletrônica (CD), devidamente autenticada para correção dos arquivos, conforme cópia anexa (da intimação e CD), para a matriz do estabelecimento. Por Diário Oficial foi solicitado comparecimento para retirar listagem de erros para correção, conforme cópia da publicação em anexo. Anexos também encontram-se cópia das GIA-ST referentes a janeiro de 2003 a setembro de 2004, a partir de quando não apresentou mais atividade de vendas”*.

O contribuinte, através de advogado regularmente constituído (instrumento de mandato à fl. 70), ingressa com impugnação às fls. 50 a 61. Após fazer uma síntese dos fatos e apontar a tempestividade da petição, passa a aduzir suas razões de defesa.

Citando doutrina e o art. 333 do CPC diz que o Auto de Infração deve ser anulado, pois o Estado intenciona cobrar supostos débitos de mais de 05 anos.

Alega que não foi juntado ao processo nenhum comprovante da intimação, posto que ausentes do mesmo cópias do AR e do recorte do Diário Oficial, ao tempo em que declara não ter recebido qualquer documento a este respeito. Menciona o art. 1º, I, “g” da Lei nº 9.159/04, que alterou o art. 42, XIII-A da Lei nº 7.014/96 e que determina ser necessária intimação para aplicar a multa. Reitera o pedido de nulidade do ato.

Pondera que os erros contidos nos arquivos magnéticos seriam facilmente sanáveis se houvesse boa vontade da Fazenda em intimar.

Tomando por fundamento jurisprudência de tribunais superiores, assevera que os “*débitos inclusos nas respectivas dívidas ativas estão prescritos*”, nos termos do art. 156, V e 174 do CTN. À fl. 55, elabora um demonstrativo em que resta demonstrado que os débitos apontados como prescritos – anteriores a 11/2003 -, montam a quantia de R\$ 249.372,40, posto que passado o lapso temporal de 05 anos do CTN.

Requer a nulidade do Auto de Infração e que as intimações sejam endereçadas aos seus procuradores.

O auditor fiscal autuante apresenta informação fiscal às fls. 87 a 92. Entende que não há razão para se falar em nulidade por falta de intimação. Após inúmeras tentativas amigáveis frustradas, por diversos meios, o contribuinte foi intimado via AR, através de sua matriz em Guarulhos-SP, já que a filial da Bahia encontrava-se encerrada, cuja cópia encontra-se à fl. 08, tendo sido recebida no dia 26/08/2008, pelo Sr. Jaime F. Aranha, RG 20.553.683. A intimação por Diário Oficial foi registrada com o número 01/2008, recebida pelo autuado no dia 06/10/2008 através do Sr. Paulo Rogério (fl. 10). Informa que os arquivos magnéticos não apresentavam condições de trabalho, pois não possuíam condições básicas de layout exigidas no Convênio ICMS 57/95. Aduz que só se pode falar em prescrição quando da constituição definitiva do crédito tributário. Se o Fisco não se manifestar a partir de cinco anos do fato gerador do imposto, estaria prescrito, no seu entendimento, o direito à ação de cobrança. Diz não ser este o caso, pois o direito de lançar somente decai contados cinco anos a partir do exercício seguinte àquele em que poderia ter sido efetuado, conforme o artigos 173, I do CTN, 28 do COTEB e acórdão CJF 0350-12/04.

## VOTO

Fica rejeitada a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado. Não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois o autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve a infração, fundamentando com a indicação dos demonstrativos e relatórios, bem como de seus dados e cálculos, assim como indica o supedâneo jurídico. Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infração imputados.

No tocante à preliminar, de mérito, que é de decadência e não de prescrição, cabem algumas considerações iniciais antes de apreciá-la, pois há uma notória confusão entre os dois institutos – absolutamente distintos -, tanto por parte do autuante quanto por parte do autuado.

Com relação à prescrição tributária, esta ocorre quando o Estado deixa de promover a cobrança do crédito (constituído, líquido, certo e exigível) no prazo de 05 (cinco) anos, contados da constituição definitiva do mesmo. Tal fato ocorre com o trânsito em julgado administrativo. Ou seja, não se pode falar em prescrição quando a lide encontra-se em sede administrativa, mas tão somente em decadência.

Segundo o entendimento tradicional, a decadência é o fato jurídico que faz perecer um direito pelo seu não exercício durante certo lapso de tempo. A rigor, a decadência fulmina as pretensões constitutivas. A decadência tributária atinge o direito de lançar ou constituir o crédito.

Não se tem muito que tergiversar acerca da matéria concernente ao prazo decadencial no tocante ao ICMS, tendo-se em vista que este possui início no primeiro dia do exercício seguinte em que o imposto deveria ter sido lançado, quando não se tem como vislumbrar a data da ocorrência do fato gerador (art. 173, inciso I do CTN) e da data do respectivo fato quando se puder determiná-la (art. 150, § 4º do CTN). Porém, é de bom alvitre ressaltar que o art. 150, parágrafo 4º do CTN confere à lei competência para fixar prazo de homologação, o que no Estado da Bahia foi feito

no art. 28 da Lei nº 3.956/81 (COTEB), que no seu parágrafo 1º determina que a contagem se dá a partir de 1º de janeiro do ano seguinte ao da efetivação do lançamento pelo contribuinte, com dispositivo correspondente no art. 90 do RICMS/BA. Por conseguinte, fica rejeitada a preliminar de decadência suscitada.

No mérito, verifico da análise dos elementos constitutivos dos autos, em especial dos documentos de fls. 08 a 11, que o contribuinte, ao contrário do que alega, foi regularmente intimado para corrigir os arquivos magnéticos, tendo inclusive sido observadas as exigências do parágrafo 3º do art. 708-B do RICMS/BA. Assim, não tendo cumprido as intimações regularmente efetuadas, mostra-se pertinente à multa aplicada, prevista no art. 42, XIII-A, “j” da Lei nº 7.014/96, com a redução dada pela Lei nº 10.847/07.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração. Todavia, considere-se ocorrida a infração 30 dias úteis a partir do vencimento do prazo da última intimação. No caso, 30 dias úteis a partir de 06/10/2008 nos termos da interpretação dada à Lei nº 10.847/07 pela orientação Técnica OG-GEAFI-F (SCOO3/2005).

Assim o vencimento da obrigação Tributária fica deslocado para o primeiro dia útil depois de contados 30 dias, a partir de 06/10/2008, ou seja, 18/11/2008.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o auto de infração nº **206833.0014/08-0**, lavrado contra **AUDIFAR COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$429.540,17**, prevista no art. 42, inciso XIII-A, “j”, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de outubro de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

TEERSA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA