

**A. I. Nº** - 206833.0013/08-4  
**AUTUADO** - AUDIFAR COMERCIAL LTDA.  
**AUTUANTE** - ROBERTO VICENTE MARUBAYASHI  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**INTERNET** 18.11.09

**5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0322.05/09**

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

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 17/12/2008 e exige penalidade por descumprimento de obrigação acessória, multa de 1%, no valor de R\$ 41.391,27, prevista no art. 42, XIII-A, “g” da Lei nº 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 “foi utilizada, para efeito da base de cálculo da multa de 1%, a base de cálculo do ICMS próprio referente às vendas para clientes localizados no Estado da Bahia, informadas nas GIA-ST, conforme cópias anexas. Os arquivos magnéticos em poder da SEFAZ estão em desacordo com o previsto no layout do Convênio 57/95 e não apresentam condições de fiscalização, conforme listagem de erros descritos na cópia da intimação enviada ao contribuinte via AR, anexa ao presente. No primeiro semestre de 2003 os erros alternam-se, ora não apresentando informações sobre o registro 54, ora apresentando a base de cálculo do ICMS-ST dos registros 53 e 54 igual a zero. De junho a dezembro do mesmo ano a base de cálculo dos registros 53 e 54 encontram-se zeradas, embora haja informações sobre o valor do ICMS-ST retido no registro 53. Para 2004 os problemas assemelham-se aos de 2003, com o agravante de o registro 54 não refletir com fidelidade os produtos constantes em nota fiscal. Acompanha ainda o presente Auto de Infração cópia dos arquivos SINTEGRA com erros em mídia eletrônica (CD), juntamente com a relação dos erros descritos na cópia da intimação encaminhada ao contribuinte e Listagem Diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas também em mídia eletrônica (CD)”.

O contribuinte, através de advogado regularmente constituído (instrumento de mandato à fl. 67), ingressa com impugnação às fls. 48 a 58. 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 de intimação, 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 em tela. 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 – de janeiro a novembro de 2003 -, montam a quantia de R\$ 13.562,49, posto que passado o lapso temporal de 05 anos do CTN.

Requer a nulidade do Auto de Infração, todos os meios de prova admitidos e que as intimações sejam endereçadas aos seus procuradores.

O auditor fiscal autuante apresenta informação fiscal às fls. 85 a 90. 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 seu estabelecimento localizado em Recife-PE, sendo que houve retorno em função de mudança de endereço do destinatário. Para garantir os direitos da Fazenda, o sujeito passivo foi intimado via Diário Oficial. Tal intimação foi registrada com o número 02/2008 (fl. 10). Para caracterizar de forma inequívoca o processo de intimação e a boa vontade do Fisco foi encaminhado outro AR ao autuado, desta feita para a matriz, localizada em Guarulhos-SP, cuja cópia encontra-se às fls. 11 e 12, sendo que os erros dos arquivos foram listados em mídia eletrônica de fl. 16, devidamente autenticada, consoante Termo de Autenticação de fls. 13 e 14. O AR foi recebido no dia 17/11/2008, pelo Sr. Paulo Rogério (fl. 15). Informa não ser verdade, em função do acima relatado, que os erros contidos nos arquivos magnéticos seriam facilmente sanáveis se houvesse boa vontade da Fazenda em intimar. 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 imputada.

No tocante à preliminar, que é de decadência e não de prescrição, cabem algumas considerações iniciais antes de julgá-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. Não se pode falar em prescrição enquanto estiver o processo pendente na esfera administrativa.

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.

Cabe observar que a intimação foi lavrada dando 30 dias corridos de prazo para o contribuinte, pois o Auto só foi lavrado em 17/12/2009.

No mérito, verifico da análise dos elementos constitutivos dos autos, em especial dos documentos de fls. 08 a 16, 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 a multa aplicada, prevista no art. 42, XIII-A, “i” da Lei nº 7.014/96:

*“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, não podendo ser superior a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas ou sobre o valor das divergências, conforme o caso”.*

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

#### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206833.0013/08-4**, 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\$ 41.391,27**, prevista no art. 42, XIII-A, “g”, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de outubro de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA