

**PROCESSO** - A. I. Nº 279103.0008/10-6  
**RECORRENTES** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e SOCIEDADE COMERCIAL E IMPORTADORA HERMES S/A.  
**RECORRIDOS** - SOCIEDADE COMERCIAL E IMPORTADORA HERMES S/A. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSOS** - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0023-05/11  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**INTERNET** - 10/07/2012

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0163-12/12

**EMENTA:** ICMS. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO. MULTA. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% sobre o valor das operações realizadas, conforme previsto no art. 42, inciso XIII-A, alínea “j” da Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº 10.847/07. Desproporcionalidade da multa aplicada. Redução do valor da infração para 50% da multa originalmente aplicada, de acordo com o que estabelece o § 7º do art. 42, da Lei nº 7.014/96. Infração subsistente com redução da multa aplicada. Não acolhidas as arguições de decadência. Vencido o voto do relator. Decisão não unânime. Recurso de Ofício **PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria. Recurso Voluntário **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício e Voluntário interpostos contra a Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 28/09/2010, para exigir multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor inicial de R\$ 305.466,68 em razão de não ter fornecido arquivo magnético, exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas dos exercícios de 2005 e 2006, tendo sido este valor desonerado em 50% por Decisão não unânime exarada pela supracitada JJF.

O contribuinte interpôs defesa inicial contra a autuação. Os autuantes prestam a informação fiscal, fls. 125 a 129, e afirmaram que os argumentos do contribuinte não têm fundamento, pois o Convênio ICMS 57/95, vigente desde 1995, bem como suas alterações, que se encontram dentro das normas legais de aprovação, divulgação e vigência. Assim sendo, mantiveram a autuação e o processo administrativo fiscal foi encaminhado para 5ª JJF, que exarou a seguinte Decisão transcrita, *in verbis*:

*“Inicialmente, cabe apreciar as preliminares de nulidade suscitadas pelo sujeito passivo, pelo que não lhe assiste razão, como segue.*

*Constato que o Auto de Infração, peça vestibular desta lide, está revestido das formalidades legais, em consonância com o art. 39 do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99), e acompanhado dos demonstrativos e documentos que embasaram a fundamentação. Ademais, a obrigação de entregar os arquivos magnéticos, à fiscalização, prevista no Convênio ICMS 57/95, e no Decreto nº 6.284/97 (RICMS/BA), não foi atendida, o que deu amparo ao presente lançamento tributário.*

*No que concerne à alegação de que a data de ocorrência da infração estaria equivocada, não procede, haja vista que o sujeito passivo foi intimado, por duas vezes, em 12/07/2010 e em 12/08/2010 (fls. 05/06), e a data de ocorrência mencionada no Auto de Infração, é de 12/09/2010, em estrita obediência ao disposto na Orientação Técnica Gerencial nº OG-GEAFI FISC 003/2005, disponibilizada pela SAT/DPF/GEAFI/SEFAZ, que trata especificamente do Convênio ICMS 57/95, item 6.1 “na lavratura de Auto de Infração por falta de apresentação ou irregularidade do arquivo magnético, os campos data de ocorrência e data de vencimento do Auto de*

*Infração deverão ser preenchidos com indicação da data correspondente ao primeiro dia útil subsequente ao do término do prazo consignado na intimação para apresentação do arquivo ainda não apresentado ou do arquivo com a correção dos erros indicados.”*

*Outrossim, a lei protege os interesses do fisco para fiscalizar o contribuinte, e este tem a obrigação de manter pelo prazo decadencial, as informações atinentes ao registro fiscal dos documentos recebidos ou emitidos por qualquer meio, referentes à totalidade das operações de entrada e de saída e das aquisições e prestações realizadas no exercício de apuração.*

*O não atendimento das intimações, nos prazos concedidos pela fiscalização, portanto, são os marcos do descumprimento da obrigação acessória, pela falta de fornecimento dos arquivos magnéticos. Destaco, ainda, que a Listagem Diagnóstico das inconsistências está anexa à fls. 59 a 61 do PAF.*

*Quanto à alegação de confisco, e o pedido de exclusão da multa aplicada, com base nos princípios constitucionais da capacidade contributiva, proporcionalidade e razoabilidade, não os acolho, haja vista que a imposição fiscal está prevista na Lei nº 7.014/96, e cabe exclusivamente ao Poder Judiciário a apreciação de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo.*

*No mérito, trata-se de Auto de Infração no qual está sendo exigida a multa prevista na alínea “j” do inciso XIII-A, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 10.847/07.*

*O sujeito passivo não nega o cometimento da infração, mas insurge-se quanto ao valor da multa aplicada, entendendo-a como confiscatória, e clama pela sua redução, com base no princípio da equidade, consoante o dispositivo do RPAF/99.*

*De fato, a teor do artigo 708-A do RICMS/97, o contribuinte do ICMS usuário de SEPD para emissão de documentos fiscais e/ou livros fiscais, deverá entregar o arquivo magnético, referente ao movimento econômico de cada mês, a partir do mês de outubro de 2000, inclusive, contendo a totalidade das operações de entrada e de saída e das prestações de serviços efetuadas e tomadas, devendo ser incluídos todos os registros exigidos pela legislação.*

*O § 4º do citado art. 708-A, determina que:*

*“§4º O arquivo magnético deverá ser entregue via Internet através do programa Validador/Sintegra, que disponibilizará para impressão o Recibo de Entrega de Arquivo Magnético chancelado eletronicamente após a transmissão; ou na Inspetoria Fazendária do domicílio do contribuinte, acompanhado do Recibo de Entrega de Arquivo Magnético gerado pelo programa Validador/Sintegra, após validação, nos termos do Manual de Orientação para Usuários de SEPD de que trata o Conv. ICMS 57/95.”*

*Vale registrar que o arquivo magnético é recebido e submetido a teste de consistência, e por isso, a legislação prevê que a sua recepção pela SEFAZ não caracteriza que o arquivo entregue atende às exigências, especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, de acordo com o § 6º do mesmo artigo 708-A do RICMS/BA, abaixo transcrito:*

*“§ 6º A recepção do arquivo pela SEFAZ não caracteriza que o arquivo entregue atende às exigências, especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, sujeitando o contribuinte a correção posterior das inconsistências verificadas.”*

*Independentemente da entrega mensal prevista no art. 708-A do RICMS/97, acima referido, o contribuinte também é obrigado a entregar, quando intimado, os referidos arquivos, conforme a previsão do art. 708-B, § 5º, do mesmo RICMS/97, in verbis:*

*“Art. 708-B. O contribuinte fornecerá ao fisco os documentos e o arquivo magnético de que trata este capítulo, sempre que for intimado, no prazo de 5 dias úteis contados da data do recebimento da intimação, sem prejuízo do acesso imediato às instalações, equipamentos e informações em meios magnéticos.  
(...)”*

*No presente caso, a infração versa sobre o fato de que o contribuinte não entregou arquivos magnéticos, nos prazos previstos na legislação, quando intimado pela fiscalização. Quanto ao pedido de exclusão da multa, sob o argumento de que não teria havido prejuízo ao fisco, restou comprovado que devido ao volume significativo de documentos fiscais, emitidos ao longo dos exercícios fiscalizados, seria muito difícil senão impossível uma auditoria sem a utilização do sistema de processamento de dados, e em face desta ocorrência os autuantes contestam a tentativa do contribuinte de minimizar a importância dos arquivos magnéticos gerados de acordo com o Convênio ICMS 57/95.*

*Portanto, em princípio a falta de entrega dos arquivos magnéticos para a fiscalização, com as especificações exigidas na legislação, dificulta e pode até mesmo inviabilizar a aplicação dos roteiros normais de fiscalização.*

*Contudo, face ao sujeito passivo possuir inscrição especial no Estado da Bahia, para fins de recolher o ICMS pelo regime de substituição tributária; e não ficou demonstrado nos autos, em nenhuma ocasião em que os autuantes se manifestaram, que a aplicação do roteiro de substituição tributária tornou-se inviável frente à não*

*entrega dos arquivos R54 (que detalha item da mercadoria em cada documento fiscal), e do R75, (que contém a descrição dos produtos constantes dos itens das notas fiscais), posto que via documentos, mesmo por amostragem, poderia ter sido aplicado o roteiro fiscal. Também não ficou demonstrado que os recolhimentos do ICMS Substituição Tributária não teriam sido recolhidos, ou que foram recolhidos a menos; bem como que a empresa já teria sido autuada em decorrência destes fatos.*

*Diante destas razões, não acolho o pedido de exclusão total da penalidade, mas entendo que a multa, no montante em que foi aplicada ao sujeito passivo, não pode prosperar, integralmente visto que excessiva para apenar a sua conduta omissiva. Invoco, para fins de sua adequação, o permissivo legal sufragado no § 7º, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, que permite ao julgador, dentro de determinados critérios, “cancelar ou reduzir” multas lançadas através de Auto de Infração. A norma legal em referência possui o seguinte comando:*

*Art. 42*

*(...)*

*§ 7º As multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelo órgão julgador administrativo, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto.*

*Percebe-se, pelo conteúdo do dispositivo supra, a clara intenção do legislador em dotar a instância administrativa de julgamento do poder de ajustar a aplicação da norma sancionadora às circunstâncias do caso concreto.*

*Assim, considerando o acima exposto, reduzo a penalidade para 50% (cinquenta por cento) do valor exigido originalmente, me valendo também do permissivo normativo constante do art. 158, do RPAF, e voto no sentido de julgar o Auto de Infração PROCEDENTE, com redução da multa aplicada.*

**VOTO DIVERGENTE (Em relação à Redução da Multa em 50%)**

*Concordo com a ilustre Relatora quanto à procedência da imputação, consubstanciada na peça inicial.*

*Contudo, com a devida vênia, discordo quanto à redução da multa no percentual de 50%, posto que no meu entendimento não ficou demonstrado que a falta de entrega do arquivo magnético não implicou na falta de recolhimento do imposto, uma vez que não se realizou a fiscalização exatamente por falta de entrega desses dados magnéticos, consoante constatou o autuante restou comprovado que devido ao volume significativo de documentos fiscais emitidos ao longo dos exercícios fiscalizados, seria muito difícil senão impossível uma auditoria sem a utilização do sistema de processamento de dados, deixando claro o autuante que o seu trabalho de fiscalização ficou prejudicado.*

*De outro lado, conforme informação do autuante, já fora lavrado o AI nº2813310112080 contra o contribuinte, atinente à mesma infração, aplicada sobre o exercício de 2004, julgado procedente por unanimidade do CONSEF, cuja quitação ocorreu em 27/05/2010, fato este repetido sistematicamente nos exercícios de 2005 e 2006, ficando patente que o sujeito passivo não demonstra qualquer interesse em informar o arquivo magnético.*

*O art.158, do RPAF/99, ao tratar das multas por descumprimento de obrigação acessória, somente admite a redução ou cancelamento pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF, quando restar provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo. No caso em comento, observo que tais condições não foram satisfeitas pelo contribuinte, haja vista a apresentação ao fisco de arquivos inconsistentes, com falta de registros, a exemplo do R54, que detalha item a item da mercadoria em cada documento fiscal e também o R75, que contém a descrição dos produtos constantes nos itens das notas, consoante relatado pelo autuante, impedem a realização do roteiro de auditoria de estoques e da reconstituição dos livros fiscais, além de outros roteiros, bem assim, o exame para efeito de homologação do imposto recolhido pendente de verificação, e a apuração da existência ou não de débitos perante o fisco. Portanto, dada a subjetividade das alegações defensivas, e não tendo sido atendidas às exigências acima, é que não concordo com a redução da multa conforme decidiu a nobre Relatora”.*

Inconformado com a Decisão exarada pela 5ª JJF, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário contra a mesma.

Iniciou sua peça recursal, arguindo que, embora a 5ª JJF tenha concluído pela redução da multa aplicada para 50% do quanto exigido inicialmente, consta na Decisão recorrida voto divergente, sobre o qual o recorrente busca esclarecer aspectos essenciais, para que não parem dúvidas sobre a regularidade dos procedimentos adotados pela mesmo recorrente.

Trouxe à baila a transcrição de parte do voto divergente, no qual o ilustre Julgador expressou que ‘*não ficou demonstrado que a falta de entrega do arquivo magnético não implicou na falta de recolhimento do imposto, uma vez que não se realizou a fiscalização exatamente por falta de entrega desses dados magnéticos*’.

Para o recorrente, restou comprovado que os dados que não foram entregues não comprometeram o trabalho dos autuantes. Inclusive, a i. Julgadora asseverou que *“que via documentos, mesmo por amostragem, poderia ter sido aplicado o roteiro fiscal”*.

Ressalvou que a posterior quitação, em 27/05/2010, do Auto de Infração nº 281331.0112/08-0, atinente a mesma infração, não resulta na imediata conclusão de que a atual Recorrente tenha acatado os termos daquela ação fiscal. *“Ao contrário. Ocorreu que, na ocasião, com a última anistia em vigor, a então Autuada procedeu avaliação econômica e concluiu ser mais vantajoso quitar os 10% exigíveis do que continuar numa lide com o Fisco do Estado da Bahia”*.

Arguiu que não procede a alegação do voto discordante da 5ª JJF de que *“o recorrente ‘não demonstra qualquer interesse em informar o arquivo magnético’. O que acontece na realidade é que o recorrente emite entre 300 e 400 mil notas fiscais por mês, o que dificulta consideravelmente o cumprimento de obrigações acessórias como a que está em causa”*.

O recorrente trouxe à baila as alegações sustentadas na sua defesa exordial relativas *“as evidentes dificuldades para atendimento do quanto demandado pelo SINTEGRA, em especial para um contribuinte que emite um volume tão expressivo de documentos fiscais, conforme atrás mencionado. Essa não é uma reclamação ou constatação isolada da próprio recorrente”*.

Inclusive na peça recursal fez constar uma citação feita pelo Ilustre Conselheiro Fábio de Andrade Moura, que, no voto proferido no Acórdão CJF Nº 0144-11/08, anexado à defesa, assim se manifestou:

*“Conquanto os argumentos defensivos não sejam suficientes para que se julgue insubsistentes as infrações sob exame, é inegável que autorizam a substancial redução das multas aplicadas. É que, em primeiro lugar, é fato público e notório as dificuldades porque passaram as empresas para se adaptarem às exigências de alimentação do SINTEGRA, que é um sistema bastante útil para a fiscalização, mas que, de outro lado, é muito complexo, existindo, atualmente profissionais especializados unicamente na sua operacionalização”*. (Grifado para destacar).

Nesta mesma esteira trouxe, outra vez, posicionamento do mesmo i. Conselheiro da 1ª CJF do CONSEF sobre a matéria em tela e consignado no seu voto em separado contido no Acórdão CJF Nº 0282-11/08, nos termos abaixo:

*“Os arquivos magnéticos são uma realidade inafastável e devem, com toda certeza, ser exigidos e fornecidos pelo contribuinte. Contudo, tal exigência não poderá sobrepor-se ao fim maior da atividade de todos aqueles envolvidos com a tributação, que é justamente exigir o cumprimento da obrigação principal: o pagamento do imposto devido”*.

*“Isso porque a Constituição Federal elegeu, dentre os princípios norteadores do sistema tributário nacional, a capacidade contributiva, que nos remete a exigir o imposto apenas daqueles fatos ocorridos no mundo real que sejam signo de riqueza. Apenas o fato gerador preenche tal requisito; o descumprimento de obrigação acessória há de ser punido, todavia, deve-se reservar o rigor severo e a punição pesada para aqueles que revelem o intuito de sonegar imposto”*.

*“Todas as justificativas, plausíveis, deixam à mostra que a falta de apresentação dos registros solicitados pelo autuante neste PAF não trouxe prejuízos para o Fisco, pelo menos não em valor que justifique a pesada sanção imposta ao contribuinte”*. (Destaque com grifos).

Trouxe ainda a indicação de diversos Acórdãos do CONSEF nesta mesma linha, inclusive da 2ª CJF, ressaltando que em 2008, o CONSEF decidiu por exigências ainda menores, da ordem de 1% do valor lançado inicialmente, conforme consta nos Acórdãos CJF Nº 0144-11/08 e CJF Nº 0282-11/08.

Reiterou que a *“5ª JJF reduziu a exigência da Ação Fiscal objeto deste instrumento de Recurso para 50% do valor inicialmente lançado; entretanto, as mais recentes decisões dessa qualificada Corte de Julgamento apontam para reduções mais significativas, conforme precedentes incluídos no Processo”*.

Por fim, o recorrente requereu que fosse cancelada ou reduzido o valor da multa relativa à autuação em combate para, no máximo, 10% do valor inicialmente lançado, com base no § 7º do

artigo 42 da Lei nº 7.014/96, no artigo 158 do RPAF/99 e no § 6º do artigo 915 do RICMS/97, bem como, com base em reiteradas decisões desse CONSEF, atendendo ao princípio da isonomia.

Os autos foram encaminhados para o Parecer opinativo da nobre PGE/PROFIS. Este e. órgão de guardião da legalidade, veio aos autos, através da preclara procuradora, Dra. Maria Helena Cruz Bulcão, para expressar que a rigor não cabe à Procuradoria Geral do Estado opinar sobre a pretensão de cancelamento ou redução da multa aplicada, já que isto é uma atribuição legal exclusiva do CONSEF.

Porém, a i. procurador externou que *“Noutro discurso, à Procuradoria Geral do Estado, na condição de guardião da legalidade dos atos administrativos, caberá apenas verificar o atendimento dos requisitos legalmente impostos à prática do ato, limitadores do exercício da competência discricionária. Neste mister, compulsamos os autos e observamos a inexistência de indícios de que o autuado tenha agido com dolo, fraude ou simulação”*

Segundo consta no referido Parecer, a PGE/PROFIS entendeu que não se vislumbra nos autos qualquer indício de que o descumprimento da obrigação acessória tenha resultado em falta de recolhimento do ICMS devido, ou seja, a de se admitir que a não entrega do arquivo magnético não implicou em falta de recolhimento de imposto ao erário estadual.

Portanto, a i. procuradora externou seu convencimento de que estão atendidos os pré-requisitos legais para a concessão da redução ou cancelamento da multa por descumprimento de obrigação acessória, cabendo ao CONSEF o arbítrio para tais ações no sentido de abrandar *“possíveis excessos da norma punitiva, sem, todavia, esvaziar a força cogente da norma que prevê a obrigação acessória.*

Ao final dos autos (fl.167) tem-se apensado o Termo de Interposição de Recurso de Ofício, firmado por mim, em atenção ao que preceitua o inciso III do art. 170 do RPAF/99, haja vista que o Acórdão exarado pela 5ª JF não atentou para o fato de que a desoneração da sua Decisão foi superior, à época, ao montante de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais), conforme previsto no art. 169 do mesmo Regulamento supracitado, implicando assim na necessidade legal de se processar o Recurso de Ofício inerente a tal Decisão, ficando sobrestado o julgamento do Recurso Voluntário interposto até apreciação pela presidência do CONSEF.

Em Parecer da presidência do CONSEF foi deferido o processamento do presente PAF, em também Recurso de Ofício, que será apreciado conjuntamente com o Recurso Voluntário.

## VOTO

Compulsando os autos verifico tratar-se de matéria já discutida no seio deste e. CONSEF e, particularmente, nas 1ª e 2ª CJF, com inúmeros acórdãos envolvendo o julgamento de multa aplicada ao contribuinte por descumprimento de obrigação acessória e, no caso específico ora em foco, a não entrega de arquivo magnético em atendimento ao intimado pelo Fisco Estadual.

Antes de adentrar ao mérito, cumpre-me afastar o lançamento de ofício para os fatos geradores anteriores a 28/09/2010.

Em consonância com outros votos de minha lavra sobre esta referida matéria, entendo que a decadência, de fato, se configura no caso em apreço, ou seja, decorreram-se mais de 05 anos entre a data da lavratura do lançamento de ofício e a data da ocorrência dos fatos geradores.

Verifico que se trata de matéria controversa, ainda não pacificada neste egrégio CONSEF, nem na PGE/PROFIS. O próprio despacho do Procurador Geral da PGE, Dr. Rui Moraes Cruz, traz à baila esta controvérsia e a busca de um novo entendimento sobre a matéria.

Compulsando a matéria em tela através de apurada pesquisa jurídica, chego ao entendimento que o lançamento de ofício de crédito de ICMS atinente aos fatos geradores estão atingidos pela

decadência à luz da Súmula Vinculante nº 8 do Supremo Tribunal Federal. Por conseguinte, entendo que é insubsistente o lançamento acima citado.

Por sua vez, para decidir sobre essa questão, é necessário fazer uma reflexão sobre a edição da Súmula Vinculante nº 08 e o Parecer exarado pelo ilustre Procurador Geral do Estado da Bahia, em decorrência da diligência suscitada por esta 2ª CJF.

Pois bem, diz a Súmula Vinculante nº 08, editada pelo STF:

*“São inconstitucionais os parágrafos único do artigo 5º do Decreto-Lei 1.569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”.*

Primeiramente, ressalto que a redação dada ao verbete sumular não ajuda o intérprete a reconhecer o extraordinário alcance e dimensão dessa nova norma jurídica inserida no sistema legal brasileiro. A princípio, a referida manifestação do STF unicamente expurga do ordenamento jurídico, por vício de inconstitucionalidade, os citados artigos de matéria previdenciária. Entretanto, somente após uma leitura atenta e diante de uma reflexão profunda dos fundamentos que levaram a edição desta posição jurisprudencial importante, é que podemos entender como todo o sistema tributário nacional foi alterado de forma indelével.

Após uma análise mais apurada dos seus fundamentos, entendo que a verdadeira questão de fundo neste posicionamento do Supremo Tribunal Federal é o estabelecimento da competência legislativa e o tipo de norma legal adequada para prever a aplicação dos institutos da decadência e prescrição. Da leitura dos votos dos Recursos Extraordinários que embasaram o entendimento sumular vinculante nº 8 (RE's 556664-1, 560626-1, 559943-4, dentre outros), fica constatado com plena nitidez que o STF conclui que a prescrição e a decadência só podem ser disciplinadas por Lei Complementar de âmbito nacional, vez que são institutos gerais do direito tributário.

A ementa do Recurso Extraordinário nº 556.664/RS é lapidar e resume toda a essência da debatida Súmula, por isso, vale transcrevê-la, in litteris:

*“EMENTA: PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. MATÉRIAS RESERVADAS A LEI COMPLEMENTAR. DISCIPLINA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. NATUREZA TRIBUTÁRIA DAS CONTRIBUIÇÕES PARA A SEGURIDADE SOCIAL. INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 45 E 46 DA LEI 8.212/91 E DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 5º DO DECRETO-LEI 1.569/77. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO PROVIDO. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. I. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. RESERVA DE LEI COMPLEMENTAR. As normas relativas à prescrição e à decadência tributárias têm natureza de normas gerais de direito tributário, cuja disciplina é reservada a lei complementar, tanto sob a Constituição pretérita (art. 18, § 1º, da CF de 1967/69) quanto sob a Constituição atual (art. 146, b, III, da CF de 1988). Interpretação que preserva a força normativa da Constituição, que prevê disciplina homogênea, em âmbito nacional, da prescrição, decadência, obrigação e crédito tributários. Permitir regulação distinta sobre esses temas, pelos diversos entes da federação, implicaria prejuízo à vedação de tratamento desigual entre contribuintes em situação equivalente e à segurança jurídica. II. DISCIPLINA PREVISTA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. O Código Tributário Nacional (Lei 5.172/1966), promulgado como lei ordinária e recebido como lei complementar pelas Constituições de 1967/69 e 1988, disciplina a prescrição e a decadência tributárias. III. NATUREZA TRIBUTÁRIA DAS CONTRIBUIÇÕES. As contribuições, inclusive as previdenciárias, têm natureza tributária e se submetem ao regime jurídico-tributário previsto na*

*Constituição. Interpretação do art. 149 da CF de 1988. Precedentes. IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO PROVIDO. Inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91, por violação do art. 146, III, b, da Constituição de 1988, e do parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei 1.569/77, em face do § 1º do art. 18 da Constituição de 1967/69. V. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO. SEGURANÇA JURÍDICA. São legítimos os recolhimentos efetuados nos prazos previstos nos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91 e não impugnados antes da data de conclusão deste julgamento. (RE 556664 / RS-RIO GRANDE DO SUL / RECURSO EXTRAORDINÁRIO / Relator(a): Min. GILMAR MENDES / Julgamento: 12/06/2008 / Órgão Julgador: Tribunal Pleno)” (grifo nosso)*

Diante deste incontestado e claro pronunciamento, resta claro e justo que, em nome da equidade e da segurança jurídica, a determinação do Supremo Tribunal Federal, via Súmula Vinculante nº 8, é no sentido de que somente o CTN pode prever prazos prescricionais e decadenciais em torno de matéria tributária, e, deste modo, não poderia o COTEB versar sobre esses assuntos, por se tratar

de matérias reservadas a Lei Complementar, segundo mandamento constitucional e interpretação do Supremo. (grifo meu)

Na inteligência dessa jurisprudência vinculante, permitir regulação distinta por parte de cada ente da federação, implicaria um verdadeiro ataque aos princípios da isonomia e da segurança jurídica. Portanto, se faz necessária que a regulação desses temas tributários tenha âmbito nacional, sob a égide de uma única norma, o CTN.

Deste modo, tecidas as considerações acerca dos reflexos advindos da Decisão do STF, entendo que a aplicação do COTEB para fins de estabelecimento do início da contagem do prazo decadencial não se coaduna com o quanto disposto na própria Constituição Federal e no quanto estabelecido nos fundamentos da Súmula Vinculante nº 8 do STF.

Entendo que para esclarecer essa discussão, é fundamental se proceder uma interpretação jurídica com referência a dois aspectos relevantes na análise desta questão: a) a de que o CTN é anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988, ou seja, aquele Código deve se adequar aos mandamentos constitucionais e, b) a de que o entendimento esposado pelo STF, com a edição desta Súmula Vinculante, não permite o regramento de institutos gerais de direito tributário por outras normas, a não ser a Lei Complementar prevista na própria Constituição Federal, afastando automaticamente a ressalva disposta no texto original do Código Tributário, parte, que eu entendo, não fora recepcionada pela Carta Magna, ou seja, não pode ater-se a uma interpretação literal do disposto no §4º e conceder uma permissão aos legisladores infraconstitucionais, pois, tal atitude está em flagrante desacordo com a exegese do texto da Carta Magna e a interpretação do STF quando da expedição deste juízo Sumular. Caso contrário, não poderíamos falar em preservação da equidade e da segurança jurídica, princípios centrais e sustentadores da Decisão vinculante do Tribunal Superior.

Ora, como a Súmula Vinculante declarou a inconstitucionalidade dos artigos de uma lei de natureza tributária, no caso, os art. 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tinham como fundamento de existência legal o mesmo mandamento do art. 150, §4º, primeira parte do CTN, então, *mutatis mutandis*, verificada a inconstitucionalidade dos referidos artigos por falta competência material, fica afastada a aplicação da mesma permissão legal do §4º para as outras normas de natureza tributária de todos os entes da federação, instituidora de qualquer tributo. Isso nada mais é do que uma consequência lógica/jurídica inegável e inexorável, com aplicação e abrangência em relação à lei criadora de qualquer tributo, seja a lei do ICMS, ISS, IPI, etc.

Dessa forma, fica evidente que para o STF não cabe a nenhuma norma, de nenhum ente federativo, instituidora de qualquer tributo, regulamentar os institutos gerais de direito tributário, reservados pela Constituição Federal ao alvitre exclusivo de Lei Complementar, de âmbito nacional.

Contudo, cumpre-me, antes de concluir o entendimento da inteligência da SV. 08, fazer breves comentários em relação à Resposta da Consulta sobre o Procedimento de Uniformização de Orientação Jurídica, elaborada pela PGE/PROFIS, da lavra do Procurador Geral do Estado da Bahia. Quadra apontar que, infelizmente, a Resposta concedida não aborda de maneira abalizada a questão principal para a solução dessa lide. Vejo que a d. PGE não fundamenta a sua posição quanto à possibilidade da aplicação ou não do COTEB, levando-se em conta o posicionamento do STF, mas tão-somente expõe uma negativa de reabertura de debate, mantendo um posicionamento antigo, sob a égide de outras luzes que não mais existem. Em outras palavras, entendo que não houve o aprofundamento e a reflexão necessários que cabem no trato da questão da decadência e da prescrição, assuntos modificados após o pronunciamento do STF.

Em que pese o zelo sempre expedido por este órgão nos debates da matéria, devido à importância da questão em si, com consequências tributárias, administrativas e políticas práticas para o Povo e o Estado da Bahia, sinto que a falta de um posicionamento fundamentado, inequívoco e suficientemente claro deixou de trazer a necessária segurança jurídica para os administrados e para os contribuintes deste Estado.

Reitero que merece acolhida a valiosa manifestação exarada pelo Procurador Geral do Estado, Dr. Rui Moraes Cruz, acerca da necessidade de alteração do Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB) para afastar divergências entre este e o Código Tributário Nacional.

Ora, é de meridiana clareza que se há necessidade de alteração, significa que tal norma jurídica não é adequada para a solução e regulação das situações jurídicas tributárias realizadas dentro do Estado da Bahia! Salvo melhor inteligência, a sugestão proposta parece indicar, com grande clareza e veemência, a necessidade de alinhamento da legislação estadual com o CTN, o que reforça a tese de que o prazo decadencial deve ser aquele estabelecido pelo Código Tributário Nacional, lei de âmbito nacional, consoante inteligência da Súmula Vinculante nº 08.

Nessa seara, cumpre-me assinalar que uma Súmula Vinculante tem poder impositivo, tudo em razão do seu caráter e efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração Pública direta e indireta, em todas as esferas de poder. Ou seja, me parece inapropriada, quiçá impossível, a utilização do COTEB como ferramenta de condução da questão de definição do marco inicial do prazo decadencial, uma vez que as questões gerais de matéria tributária só podem ser dispostas em lei específica, ditada pela Constituição Federal.

Por fim, com a patente alteração de paradigma ocorrida, tenho como certa a assertiva de que não podemos mais seguir a ‘antiga’ jurisprudência desse Conselho, que abraçava entendimento diferente sobre a possibilidade do regramento da decadência e da prescrição. A agora, após a edição da Súmula em debate, com a legislação sob novo enfoque, devemos repensar nosso entendimento para adequá-lo à nova realidade jurídica, imposta pelo STF, mas de forma alguma aplicá-la como anteriormente se fazia (com base no COTEB ao invés do CTN), como opinou a PGE/PROFIS, sob pena de prejudicar o próprio erário estadual, ante a flagrante inconstitucionalidade do regramento estadual e de se afastar do princípio da eficiência (art. 37, caput da CF), pois, nos tempos atuais, em plena era digital, cinco anos é tempo mais que suficiente para que o Fisco lance ou perquiria qualquer soma a título de tributo.

Tecidas as considerações acerca da impossibilidade da aplicação do COTEB na regulação de matérias gerais de direito tributário, por não ser a norma prevista na CF/88, resta saber quando devemos aplicar o regramento do CTN no ICMS.

Como se sabe, 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.

Antes de mais nada, 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”*

Em seguida, é salutar observar as normas e o entendimento jurisprudencial dominante do STJ para definir quando é caso de lançamento por homologação e de ofício. Nessa esteira, o COTEB, numa reprodução do artigo 150, do CTN, assim entende o que seria o lançamento por homologação, consoante o teor do seu art. 107-B:



*“Art. 107-B. 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.”*

Sobre a diferenciação dos lançamentos, o STJ já pacificou seu entendimento no sentido de que lançamentos por homologação seriam aqueles que os sujeitos passivos têm o dever de antecipar o pagamento do ICMS sem que haja prévio exame por parte da autoridade administrativa, sendo aplicável, nestes casos, o quanto disposto no art. 150, §4º do CTN, ou seja, a regra da decadência após 5 anos da ocorrência do fato gerador.

Trazendo à baila a Decisão do Agravo Regimental no Recurso Especial 117291 do Rio Grande do Sul, de relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, fica por demais evidenciado o entendimento consolidado do STJ:

*“Ementa*

*PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOR. DECADÊNCIA. APLICAÇÃO DO ART. 150, § 4º, DO CTN. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 20, § 4º, E 21, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC.*

*1. Agravo regimental no Recurso especial em que se discute o prazo para a constituição de crédito tributário remanescente de ICMS, no caso em que ocorre o pagamento a menor do tributo.*

*2. Nos tributos cujos sujeitos passivos têm o dever de antecipar o pagamento sem que haja prévio exame da autoridade administrativa, caso se apure saldo remanescente, a Fazenda deverá constituir-lo no prazo de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador, sob pena de ocorrer a extinção definitiva do crédito, nos termos do parágrafo 4º do art. 150 do CTN. Precedentes: AgRg no REsp 1.152.747/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 22/2/2011; AgRg no REsp 1.192.933/MG, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 11/2/2011; AgRg no REsp 1.182.862/RS, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, DJe 2/2/2011.*

*3. Ademais, a Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 973.733/SC, realizado nos termos do art. 543-C e sob a relatoria do Ministro Luiz Fux, sedimentou o entendimento de que o art. 173, I, do CTN se aplica aos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou, quando, a despeito da previsão legal, não há o pagamento, salvo nos casos de dolo, fraude ou simulação.*

*4. Honorários advocatícios fixados em 0,5% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 20, § 4º e 21, § 1º, do CPC.*

*5. Agravo regimental não provido.*

*(AgRg no REsp 1172391 / RS / AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2009/0249482-0 / Relator(a) Ministro BENEDITO GONÇALVES (1142) / Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA Data do Julgamento: 04/08/2011 / Data da Publicação/Fonte DJe 10/08/2011)”*

Em face desse quadro legal, assegurado que: (i) a regra do ICMS é o lançamento por homologação, sendo exceção o lançamento de ofício, nos casos de lançamento por presunção do art. 4º, §4º da Lei nº 7.014/96, e (ii) entendendo que somente o CTN pode regulamentar as normas gerais de direito, por mandamento constitucional e aplicação da SV. 08 nos seus fundamentos, concluo que o prazo a ser observado é aquele previsto no art. 150, §4º do CTN, ou seja, 5 anos após o dia de ocorrência do fato gerador.

Por tudo do quanto acima exposto, voto para julgar pela DECADÊNCIA do lançamento de ofício cujos fatos geradores têm mais de 05 anos em relação à data da lavratura do Auto de Infração, em epígrafe.

Vencido neste entendimento, passo ao mérito. Nesta seara vale lembrar que muitos desses julgamentos seguiram na esteira do entendimento jurídico de que a obrigação acessória é determinação legal e a multa prevista está respaldada na legislação tributária do Estado da Bahia, porém entendendo necessário se analisar caso a caso para se mensurar a justa aplicação da multa, de modo que a mesma não tenha caráter desproporcional e de mera punição, sobretudo quando não se vislumbrar qualquer intenção de dolo, simulação ou fraude do sujeito passivo e sem que haja prejuízo para o erário estadual. Nesta esteira se posicionou reiteradas vezes o i. Conselheiro

da 1ª CJF deste e. CONSEF em votos consistentes de sua lavra, dos quais transcrevo parte de um deles, extraído dos autos para ilustrar este sensato e justo entendimento sobre a matéria em discussão:

*“Os arquivos magnéticos são uma realidade inafastável e devem, com toda certeza, ser exigidos e fornecidos pelo contribuinte. Contudo, tal exigência não poderá sobrepor-se ao fim maior da atividade de todos aqueles envolvidos com a tributação, que é justamente exigir o cumprimento da obrigação principal: o pagamento do imposto devido”.*

Foi nesta mesma linha o posicionamento trilhado pela ilustre procuradora da PGE/PROFIS, Dra. Maria Dulce Cruz Bulcão, no qual externou, de forma abalizada e com meridiana clareza, que não vislumbrava nos autos qualquer indício de que o contribuinte “tenha agido com dolo, fraude ou simulação”, bem como foi firme ao assegurar que o descumprimento da obrigação acessória não resultou em falta de recolhimento do ICMS, ou seja, a de se admitir que a não entrega do arquivo magnético não implicou em falta de recolhimento de imposto ao erário estadual. Por fim, a nobre procuradora parecerista externou que foram atendidos todos os requisitos necessários para que o CONSEF, ao seu livre arbítrio, pudesse promover o cancelamento ou redução da multa aplicada em tela.

Portanto, alinhando-me nesta esteira de entendimento, mantenho-me justo e coerente com outros votos de minha lavra sobre a matéria em comento. Entendo que a multa aplicada foi legal, à luz da legislação estadual, nos termos previstos no art. 42, inc. XIII-A, alínea “j”, da Lei nº 7.014/96, porém, deveras desproporcional por não haver qualquer prova ou indício de que a infração tenha sido praticada por dolo, fraude, simulação ou que tenha havido prejuízo ao erário pela falta de recolhimento do imposto devido. Portanto, com fulcro no que preceitua o § 7º deste mesmo diploma legal, estou cômico da justeza em manter a redução da multa em 50%, tal como procedeu a 5ª JJF em sua Decisão recorrida.

Por conseguinte, considerando a interposição do Recurso de Ofício por determinação da presidência do CONSEF, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício. No que tange ao Recurso Voluntário, voto pelo seu NÃO PROVIMENTO no sentido de manter a Decisão recorrida, ou seja, decretar a redução da multa para o patamar de 50% do valor originalmente lançado, pois, reitero que o referido valor reduzido da multa está ajustado para o caso em foco.

#### **VOTO VENCEDOR (Quanto ao Recurso de Ofício e preliminar de decadência)**

Ao analisar o presente processo, com o respeito que tenho pelo n. Relator, não posso concordar com o voto por ele proferido.

Primeiramente, discordo do seu entendimento quanto à decadência da cobrança da multa referente aos fatos geradores com mais de cinco anos em relação à data da lavratura do Auto de Infração, lapso temporal este com base no art. 150, § 4º, do CTN.

Quando da edição da Súmula Vinculante nº 08 do STF, este fato gerou controvérsias no âmbito deste Conselho de Fazenda, que, e de ofício, provocou a Procuradoria Estadual para que este Órgão Jurídico se pronunciasse acerca da contagem inicial do prazo de decadência relativo ao ICMS.

A Procuradoria Geral do Estado, após exaustiva análise jurídica do quanto esposado na citada Súmula do STF e em relação ao ICMS neste Estado, opina de que os processos onde tal matéria se fizesse presente deveriam ser analisados de acordo com o entendimento anteriormente adotado pela PGE/PROFIS, e, por consequência, por este Colegiado.

Desta maneira, afasto toda questão relativa aos prazos decadenciais e mantenho o posicionamento já reiterado por este Conselho de Fazenda.

Não podemos desconsiderar a interpretação sistemática da norma disposta no art. 150, § 4º, do CTN e sua interação com o que dispõe o seu art. 173, I. A incidência da regra do art. 150 e seu § 4º do CTN pressupõe as situações em que o sujeito passivo lança o valor do imposto ou antecipa o

pagamento. No presente caso, a empresa não informou regularmente, nos arquivos magnéticos, suas operações de saídas para este Estado, sendo o fato detectado de ofício. Neste caso, deverá ser observado o disposto no artigo 173, I do CTN, repetido pela Lei nº 3.956/81 (COTEB-BA) no seu art. 107-A. O nobre relator entendeu ter havido prazo decadencial da exigência da multa em período anterior à lavratura do Auto de Infração. Entretanto e no caso específico, o prazo que tem o fisco começa a contar a partir de 01/01/2006 (para os fatos geradores ocorridos no exercício de 2005) e se encerra em 31/12/2011. O Auto de Infração foi lavrado em 28/09/2010.

Por fim, sendo tal matéria já sedimentada na jurisprudência deste CONSEF, permito-me transcrever o voto da Cons. Sandra Urânia Silva Andrade, proferido no Acórdão nº 0130-11/11 da 1ª CJF que, entendo, abrangia todos os aspectos ora postos no presente voto, inclusive sobre o lançamento do tributo.

*Inicialmente, no que toca à preliminar de mérito de ocorrência de decadência quanto aos períodos anteriores a julho de 2004, entendemos, comungando com a JJF, que não se vislumbra a decadência arguida pelo sujeito passivo, diante da regra disposta no inciso I do art. 173 do Código Tributário Nacional – CTN, cujo prazo inicial para contagem da decadência é o primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador, determinação esta repetida no art. 107-B do Código Tributário Estadual – COTEB – Lei nº 3.956/81, abaixo transcrito, in verbis:*

“Art. 107-B

§ 5º - Considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.” Grifos nossos

*Do exposto, como o Auto de Infração foi lavrado em 01/07/2009, e se reporta a fatos geradores ocorridos no exercício de 2004, tinha a Fazenda Pública prazo até 01/01/2010 para efetuar o referido lançamento.*

*Registre-se que, embora o recorrente não tenha feito menção à Súmula Vinculante nº 08 do STF - aprovada na sessão plenária de 12/06/2008, e publicada no DOE de 20/06/2008 – registro feito apenas pela PGE/PROFIS em seu opinativo, a mesma declara a inconstitucionalidade de legislação federal que disciplina a decadência e a prescrição do crédito tributário vinculado às contribuições previdenciárias, explicitando o entendimento de que deverá ser aplicado o prazo quinquenal previsto no CTN e reconhecendo que apenas lei complementar pode dispor sobre normas gerais em matéria tributária. Eis o texto da referida Súmula: “São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.”*

*No entanto, a referida Súmula não se aplica ao ICMS e, em reforço a esta tese, os próprios doutrinadores que estão a se debruçar sobre a matéria cingem sua aplicabilidade à esfera da Administração Pública Federal, a qual compete gerir as contribuições previdenciárias. Ressaltamos, no entanto, e aí comungando com o Parecer proferido pela PGE/PROFIS, que a questão deverá ser aprofundada no âmbito da Administração Tributária Estadual, mormente diante da posição externada pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional – PGFN – que, através do Parecer nº 1617/2008, proferido após a edição da Súmula Vinculante nº 08 e em vista desta, expressamente adotou entendimento quanto à fixação do termo a quo do prazo decadencial que comunga com o externado pelo recorrente, além de entendimento em sentido idêntico também adotado pela Procuradoria Estadual do Rio de Janeiro, através do Parecer CFS nº 02/2008, embora deva ser também ressaltado que ambos não vinculam a Administração Estadual baiana ou o Conselho de Fazenda Estadual, mormente diante da disposição expressa da nossa legislação, acima citada.*

Diante de tudo ora exposto, rejeito a preliminar de decadência suscitada.

Isto posto, de igual sorte, com o nobre relator não posso me alinhar a respeito da redução da multa conforme decidida pela JJF.

A empresa, situada em outro estado da Federação, tem por atividade vendas, através da modalidade “marketing direto”, de mercadorias das mais diversas utilidades. As operações comerciais assim realizadas não dizem tão-somente respeito ao recorrente, como também, a diversas outras empresas nessa atividade comercial inseridas.

Tal situação estava acarretando dificuldades do controle do Estado de suas receitas, pois não possuía real conhecimento sobre essas operações comerciais. Por outro lado, não pode o ente tributante vedar a realização destas operações. Por sua vez, seria econômico e financeiramente inviável para o contribuinte ter de recolher o imposto operação por operação.

Nessa situação, o Estado da Bahia, através da sua Secretaria de Fazenda, com a competência a si inerente, celebrou com essas empresas Acordo, lhes concedendo Regime Especial de apuração do ICMS devido a este Estado. O recorrente e as operações em lide se inserem neste contexto.

Em assim sendo, à época dos fatos geradores, dispunha o RICMS/97:

*Art. 379. Nas operações internas e interestaduais que destinem mercadorias a revendedores, estabelecidos neste Estado, que realizem vendas porta-a-porta exclusivamente a consumidor final, sendo as remessas efetuadas por empresas que se utilizem do sistema de "marketing" direto para comercialização de seus produtos, fica atribuído ao remetente a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devido nas subseqüentes saídas realizadas pelo revendedor (Conv. ICMS 75/94 e 45/99).*

*§ 1º O disposto neste artigo aplica-se também às operações internas e interestaduais que destinem mercadorias a contribuinte do imposto regularmente inscrito neste Estado que distribua os produtos exclusivamente a revendedores para venda porta-a-porta ou em banca de jornal e revista."*

*§ 7º O contribuinte que efetuar vendas interestaduais destinadas a este Estado inscrever-se-á nos termos do art. 377.*

E o art. 377 assim determina:

*Art. 377. Poderá ser concedida inscrição no CAD-ICMS do Estado da Bahia ao sujeito passivo por substituição, definido em Protocolos e Convênios específicos dos quais a Bahia faça parte, que pretender efetuar vendas interestaduais, com destino a este Estado, de mercadorias sujeitas à substituição tributária, devendo o contribuinte solicitá-la por meio de preenchimento de formulários eletrônicos gerados com o uso de programa aplicativo disponibilizado pela Secretaria da Receita Federal e remeter os seguintes documentos ao setor de cadastro de contribuintes da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia:*

A redação deste artigo começou a vigor a partir de 30/11/2005 com a Alteração nº 70 procedida na norma regulamentar. Anteriormente as disposições eram as seguintes:

*Art. 377. O sujeito passivo por substituição, definido em Protocolos e Convênios específicos dos quais a Bahia faça parte, que pretender efetuar vendas com destino a este Estado de mercadorias sujeitas à substituição tributária, deverá solicitar sua inscrição no CAD-ICMS do Estado da Bahia por meio de formulários eletrônicos preenchidos e gerados com o uso de programa aplicativo disponibilizado pela Secretaria da Receita Federal.*

***I - arquivo magnético com registro fiscal das operações interestaduais efetuadas no mês anterior, inclusive daquelas não alcançadas pelo regime de substituição tributária, ou com seus registros totalizadores zerados, no caso de não terem sido efetuadas operações no período, em conformidade com a cláusula oitava do Convênio ICMS 57/95, de 28 de junho de 1995, até o dia 15 (quinze) do mês subseqüente ao da realização das operações;***

E os § 2º, 4º e 5º deste artigo determinam:

[..]

*§ 2º Se o sujeito passivo por substituição não providenciar a sua inscrição nos termos deste artigo, em relação a cada operação deverá efetuar o recolhimento do imposto devido a este Estado, por ocasião da saída da mercadoria de seu estabelecimento, por meio da GNRE, emitindo guia distinta para cada um dos destinatários, constando no campo informações complementares o número da nota fiscal a que se refere o respectivo recolhimento, devendo uma via acompanhar o transporte da mercadoria (Conv. ICMS 95/01).*

*§ 4º Constatada a falta de recolhimento do ICMS por parte do sujeito passivo por substituição, este terá sua inscrição alterada para inapta, hipótese em que, enquanto perdurar a situação, será exigido o pagamento do imposto na saída da mercadoria do estabelecimento remetente, que deverá ser acompanhada da 3ª via da GNRE (Conv. ICMS 27/95).*

*§ 5º O sujeito passivo por substituição observará, no que couberem, as demais normas da legislação deste Estado.*

***Art. 378. O estabelecimento que efetuar a retenção do imposto remeterá à Secretaria da Fazenda da unidade da Federação de destino, mensalmente (Conv. ICMS 108/98):***

***I - arquivo magnético com registro fiscal das operações interestaduais efetuadas no mês anterior, inclusive daquelas não alcançadas pelo regime de substituição tributária, ou com seus registros totalizadores zerados, no caso de não terem sido efetuadas operações no período, em conformidade com a cláusula oitava do Convênio ICMS 57/95, de 28 de junho de 1995, até o dia 15 (quinze) do mês subseqüente ao da realização das operações;***

*II - Guia Nacional de Informação e Apuração do ICMS Substituição Tributária - GIA-ST, nos prazos e condições previstos no art.337-A.*

*§ 2º O arquivo magnético previsto no inciso I substitui o exigido pela cláusula oitava do Convênio ICMS 57/95, desde que inclua todas as operações citadas na referida cláusula, mesmo que não realizadas sob o regime de substituição tributária ( Conv. ICMS 114/03).*

*§ 3º O sujeito passivo por substituição não poderá utilizar, no arquivo magnético referido no parágrafo anterior, sistema de codificação diverso do da Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM), exceto para os veículos automotores, em relação aos quais será utilizado o código do produto estabelecido pelo industrial ou importador.*

*§ 4º Poderá ser apresentado, em relação a obrigação prevista no inciso I, arquivo magnético em apartado referente às operações em que tenha ocorrido o desfazimento do negócio ou que por qualquer motivo a mercadoria informada em arquivo não haja sido entregue ao destinatário, nos termos do § 1º da cláusula oitava do Convênio ICMS 57/95, de 28 de junho de 1995.*

E o § 5º do referido artigo até 09/09/2005 tinha a seguinte redação:

*"§ 5º Nas hipóteses abaixo, o sujeito passivo por substituição tributária poderá ter sua inscrição cancelada, até a regularização, aplicando-se o disposto no § 2º do artigo anterior, quando (Convs. ICMS 71/97 e 108/98):"*

- a) deixar de recolher o ICMS retido por substituição tributária;*
- b) deixar de remeter, por dois meses consecutivos ou alternados, arquivo magnético previsto no inciso I;***
- c) deixar de informar por escrito não ter realizado operações sob o regime de substituição tributária;*
- d) deixar de entregar a Guia Nacional de Informação e Apuração do ICMS - Substituição Tributária."*

Após 09/09/2005, com a Alteração nº 65 do RICMS/97 o caput desse referido parágrafo passou a vigor com a seguinte redação:

*§ 5º Nas hipóteses abaixo, o sujeito passivo por substituição tributária poderá ter sua inscrição tornada inapta, até a regularização, aplicando-se o disposto no § 2º do artigo anterior, quando (Convs. ICMS 71/97 e 108/98):*

Todas estas determinações foram inseridas no Acordo assinado entre esta Secretaria de Fazenda e o Recorrente, conforme resta provado às fls. 75/78 dos autos, em momento em que o Órgão Fazendário Estadual renovou o seu Regime Especial.

Por todo exposto, o recorrente, diante da situação excepcional que se insere, não poderia entregar seus arquivos magnéticos com qualquer incorreção, pois desaguava no descontrole por parte do fisco estadual das receitas estaduais.

E, continuando, os registros ausentes nos arquivos magnéticos são aqueles essenciais para a consecução de qualquer auditoria fiscal, ou seja, os de números 54 e 75, que conforme identifica o Convênio ICMS 57/95 no seu Manual de Orientação, são:

Registro tipo 54 se destina a classificação fiscal da mercadoria. Deve ser gerado um registro para cada produto ou serviço constante da nota fiscal e/ou romaneio. Também nele deve ser informados os valores do frete, seguro e outras despesas acessórias que constem do corpo da nota fiscal.

Registro tipo 75 tem por objetivo o registro do código do produto ou serviço.

Estas são, em linhas gerais, as determinações da norma tributária deste Estado. Sendo descumpridas, a Lei nº 7.014/97 estabelece diversas penalidades de cunho acessório.

Afora todos estes fatos, pelas GIA-ST acostadas aos autos (fls. 11/58), o recorrente possui volume mensal considerável de operações comerciais com este Estado, que, por dever, deve a fiscalização auditar. Além do mais, as informações trazidas aos autos pela fiscalização são de que o recorrente é reincidente em não cumprir as determinações legais, consequentemente, descumprindo o Acordo que ele próprio assinou.

Em vista de tudo exposto, somente posso alinhar-me ao voto discordante do Acórdão recorrido quando, textualmente, o n. julgador afirma:

*"Contudo, com a devida vênia, discordo quanto à redução da multa no percentual de 50%, posto que no meu entendimento não ficou demonstrado que a falta de entrega do arquivo magnético não implicou na falta de*

*recolhimento do imposto, uma vez que não se realizou a fiscalização exatamente por falta de entrega desses dados magnéticos, consoante constatou o autuante restou comprovado que devido ao volume significativo de documentos fiscais emitidos ao longo dos exercícios fiscalizados, seria muito difícil senão impossível uma auditoria sem a utilização do sistema de processamento de dados, deixando claro o autuante que o seu trabalho de fiscalização ficou prejudicado.*

*De outro lado, conforme informação do autuante, já fora lavrado o AI nº2813310112080 contra o contribuinte, atinente à mesma infração, aplicada sobre o exercício de 2004, julgado procedente por unanimidade do CONSEF, cuja quitação ocorreu em 27/05/2010, fato este repetido sistematicamente nos exercícios de 2005 e 2006, ficando patente que o sujeito passivo não demonstra qualquer interesse em informar o arquivo magnético”.*

Por tudo exposto não vislumbro qualquer motivação para aplicar as determinações contidas no § 7º do art. 42, da Lei nº 7.014/96.

Por conseguinte, voto pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício interposto para restaurar o valor original da multa aplicada, ou seja, R\$305.466,68 e pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime quanto à preliminar de decadência e, em decisão por maioria, com o voto de qualidade do presidente, **PROVER** o Recurso de Ofício interposto e, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279103.0008/10-6**, lavrado contra **SOCIEDADE COMERCIAL E IMPORTADORA HERMES S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$305.466,68**, prevista no art. 42, XIII-A, “j”, reduzida nos termos do § 7º todos do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9.837/05.

VOTO VENCEDOR (Preliminar de decadência) – Conselheiros(as): Mônica Maria Roters, Osmira Freire Carvalho Ribeiro da Silva e Carlos Fábio Cabral Ferreira.

VOTO VENCIDO (Preliminar de decadência) – Conselheiros(as): Carlos Henrique Jorge Gantois e José Antonio Marques Ribeiro.

VOTO VENCEDOR (Recurso de Ofício) – Conselheiros(as): Osmira Freire Carvalho Ribeiro da Silva, Mônica Maria Roters e Carlos Fábio Cabral Ferreira.

VOTO VENCIDO (Recurso de Ofício) – Conselheiros: Carlos Henrique Jorge Gantois, Rodrigo Lauande Pimentel e José Antonio Marques Ribeiro.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de junho de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

CARLOS HENRIQUE JORGE GANTOIS – RELATOR/VOTO VENCIDO  
(Quanto ao Recurso de Ofício e preliminar de decadência)

MÔNICA MARIA ROTERS – VOTO VENCEDOR (Quanto ao  
Recurso de Ofício e preliminar de decadência)

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS REP DA PGE/PROFIS