

A. I. Nº - 274068.0009/10-2
AUTUADO - STEMAR TELECOMUNICAÇÕES LTDA. (CLARO S.A.)
AUTUANTE - EDINALDO AVELINO DE PAIVA, CARLOS ALBERTO BARRETO MIRANDA,
CRYSTIANE MENEZES BEZERRA e PAULO ROBERTO CAMPOS MATOS
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 23.05.2012

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0092-02/12

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 “g” da Lei nº 7.014/96, vigente no período da autuação. Não acolhidas as alegações de decadência e de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 14/07/2010, para aplicar multa no valor histórico de R\$4.846.567,00, decorrente da falta de apresentação de arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas. Consta da acusação que o contribuinte ofereceu via Internet através do programa Validador/Sintegra arquivo magnético estabelecido no Convênio 57/95 sem o nível de detalhe exigido na legislação, pois não apresentou o registro 60-R e não atendeu a intimação para regularizar a falta de registro, referente ao período de fevereiro a dezembro de 2005. Conforme Demonstrativo de multa formal por falta de entrega do Registro 60-R, cuja cópia foi entregue ao contribuinte.

O autuado apresentou defesa, fls. 118 a 139, mediante advogado habilitado nos autos, inicialmente reproduzindo as imputações e os dispositivos indicados na autuação, preliminarmente argui nulidade em razão da incorreta capitulação legal da multa aplicada, pois os autuantes fundamentaram a penalidade aplicada no artigo 42, XIII-A, “g” da Lei 7.014/96, que se refere à penalidade aplicável em caso de extravio de etiqueta ou lacre fornecido pela Secretaria da Fazenda ou de emissão de atestado de Intervenção Técnica em ECF com informação inexata, conforme transcreveu.

Alega extinção parcial dos débitos de ICMS impugnados em razão da homologação tácita do lançamento e conseqüente decadência do direito do Fisco de lançar, relativo período de 1º de fevereiro de 2005 a 18 de junho de 2005, transcrevendo trechos dos artigos 150 e o §§ 1º e 4º e 156 do CTN, além de doutrina sobre o tema. Ressalta que ciência do Auto de Infração somente ocorreu em 19/07/2010.

Argumenta que a multa aplicada contra o autuado se deve em razão das supostas infrações praticadas pela empresa STEMAR TELECOMUNICAÇÕES LTDA., quando ainda desempenhava suas atividades, antes de ser sucedida pela BCP S/A, antiga denominação do autuado. E considerando que os períodos autuados referem-se ao ano de 2005, resta nítido que os supostos débitos de ICMS impugnados decorrem de período anterior à ocorrência da incorporação da empresa sucedida por parte da empresa sucessora, o que ocorreu em 31 de dezembro de 2005.

Frisa que a responsabilidade tributária nas hipóteses de sucessão, conforme artigo 132 do CTN, ocorre apenas em relação aos tributos, que não se confundem com multas, uma vez que estas necessariamente decorrem de ato ilícito. Cita que o artigo 3º do CTN não se admite a exigência de tributo como sanção de ato ilícito. Logo, não havendo que se falar na exigência de multa contra suposta infração não praticada pelo autuado, inclusive porque se trata de exigência de caráter

sancionatório, pessoal e subjetivo. Nesse sentido é a orientação da jurisprudência tanto na esfera judicial quanto na esfera administrativa, transcrevendo decisões de outros tribunais.

Conclui que merece pronto cancelamento a multa aplicada no que toca às supostas infrações praticadas pela empresa STEMAR TELECOMUNICAÇÕES LTDA., por estar flagrantemente inquinada pelo vício da ilegalidade, uma vez que sua exigência viola expressamente o artigo 3º e o artigo 132 do CTN, além de contrariar a jurisprudência consolidada dos Tribunais Regionais Federais da 1ª e da 4ª Regiões e do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda.

Alega inaplicabilidade da multa aplicada (60%) em razão de seu caráter confiscatório devendo, em observância ao princípio da proporcionalidade, ser afastada de plano diante da natureza confiscatória que apresenta, transcrevendo doutrina e jurisprudência de outros tribunais.

Conclui que:

- a) o Auto de Infração ora impugnado é nulo em razão da incorreção no enquadramento legal da penalidade aplicada o autuado;
- b) os valores exigidos relativamente ao período compreendido entre 1º de fevereiro a 18 de julho de 2005 estão extintos, nos termos do artigo 150, §4º do Código Tributário Nacional, uma vez que o autuado somente teve ciência da autuação fiscal em 19 de julho de 2005, e a multa ora exigida deve obedecer o mesmo prazo decadencial aplicável ao ICMS;
- c) a multa aplicada o autuado em razão de suposta infração cometida por sua sucedida, STEMAR Telecomunicações Ltda., é ilegal à medida em que a sucessão se dá apenas com relação aos tributos, sendo certo que multa não se confunde com tributo por caracterizar sanção contra ato ilícito;
- d) a multa aplicada o autuado é manifestamente confiscatória, posto que não guarda proporcionalidade com a gravidade das supostas infrações cometidas.

Ao final, requer:

- 1- a nulidade do Auto de Infração em razão da incorreção na capitulação legal da penalidade aplicada;
- 2- o cancelamento de parte dos débitos de ICMS impugnados, uma vez que já se encontram definitivamente extintos;
- 3 - sejam afastada a multa aplicada, uma vez que se referem a supostas infrações praticadas pela empresa STEMAR TELECOMUNICAÇÕES LTDA.;
- 4- subsidiariamente, requer que seja afastada a aplicação das multas diante de sua manifesta natureza confiscatória ou, ao menos, a redução de seu valor para o patamar máximo de 2% (dois por cento);
- 5- protesta pela produção de provas por todos os meios em direito admitidos, assim como pela realização de sustentação oral por ocasião do julgamento da Defesa.

Os auditores autuantes, fls. 168 a 176, ao prestar a informação fiscal, contestam o argumento defensivo de erro na capitulação da multa aplicada alegando que a impugnante se baseou na redação atual do citado artigo, quando o correto seria ver a redação vigente à época do fato gerador, que foi de janeiro a dezembro de 2005.

Transcreve o art. 42, inciso XIII-A, alínea "g", da Lei 7.014/96, vigente em 10/07/2004 a 27/11/2007:

Redação dada ao dispositivo abaixo, do inciso XIII-A do caput do art. 42 pela Lei nº 9.159, de 09/07/04, DOE de 10 e 11/07/04, efeitos de 10/07/04 a 10/02/05:

"XIII-A –

(...)

g) 1% (um por cento) do valor das saídas do estabelecimento em cada período de apuração, pelo não fornecimento, mediante intimação, do respectivo arquivo magnético contendo a totalidade das operações de entrada e de saída e das prestações de serviços efetuadas e tomadas, ou pela entrega dos referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitem a sua leitura"

Redação dada ao dispositivo abaixo, do inciso XIII-A do caput do art. 42, pela Lei nº 9.430, de 10/02/05, DOE de 11/02/05, efeitos de 11/02/05 a 27/11/07:

"XIII-A -

(...)

g) 1% (um por cento) do valor das saídas de mercadorias e das prestações de serviços realizadas em cada período de apuração, pelo não fornecimento, mediante intimação, do respectivo arquivo magnético contendo a totalidade das operações de entrada e de saída e das prestações de serviços tomadas e realizadas, ou pela entrega dos referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitem a sua leitura;"

Concluindo que, para o período do fato gerador, a narração da infração está de acordo com o dispositivo aplicado na infração 1, segundo a legislação vigente à época.

Quanto a alegação de decadência parcial ressaltam que o § 4º, do artigo 150, do CTN, estabelece a possibilidade de outra lei fixar prazo para homologação, o que foi estabelecido pela Lei 3.956/81, o qual determina que a contagem do prazo se inicia a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da efetivação do lançamento pelo contribuinte. Frisam que próprio CTN no art. 173, I estabelece que o direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário (decadência) extingue-se após 5 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Sendo assim, não tem cabimento a alegação da autuada de que os créditos existentes até a data de 18/06/2005 encontram-se extintos, pois o direito do Estado de constituir o crédito tem amparo através do Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB) - Lei 3.956/81 e também através do RICMS/BA aprovado pelo Decreto nº 6.284/97.

No tocante a alegação de ilegalidade da multa aplicada, salientam que STEMAR TELECOMUNICAÇÕES LTDA. foi sucedida pela BCP S/A., antiga denominação do autuado, em 31 de dezembro de 2005, no Estado da Bahia, a inscrição de nº 59.805.850 da Stemar Telecomunicações LTDA., ainda não foi baixada, visto que se encontra suspenso o processo de baixa, portanto não se pode falar em ilegalidade.

Com relação à alegação da impugnante sobre a natureza confiscatória da multa aplicada, aduz que a mesma não procede, pois a referida multa está estabelecida na Lei 7.014/96 no artigo 42, inciso XIII-A, "g", portanto, dentro da legalidade.

Ressaltam que o registro 60-R é necessário para uma série de verificações. O autuado foi intimada a refazer o arquivo magnético estabelecido no Convênio 57/95, informando o registro 60-R. Conforme folhas 7, a impugnante respondeu que: *Recorreu ao seu departamento de Tecnologia da Informação e não logrou êxito no reprocessamento das informações específicas, para recuperar os dados dos registros 60-R, período de 2005. Assim sendo, está impossibilitada tecnicamente em apresentar os arquivos do SINTEGRA com os registros solicitados.* Este fato deixou a fiscalização fragilizada. A simples alegação de que não pode entregar o arquivo solicitado não pode eximi-la da penalidade pela não entrega do arquivo estabelecido no Convênio 57/95.

Salientam que, mesmo que não haja dolo, fraude ou simulação, ainda persiste o prejuízo ao erário e, pelo descumprimento de obrigação de fornecer arquivos magnéticos com o nível de detalhe exigido na legislação, a legislação prevê multa de 1%, conforme artigo 42, XIII-A da Lei 7.014/96.

Ao finalizar, opinam pela procedência do Auto de Infração.

O PAF foi convertido em diligência aos autuantes, fl. 179, para que:

- 1- Acostassem aos autos cópia do Auto ou dos Autos de infração anteriores, conforme determina o Parágrafo único do Artigo 40 do RPAFF/99.
- 2- Informassem se o contribuinte já regularizou os referidos arquivos, informando a data da regularização, se foram regularizados.
- 3- Esclarecessem quais os prejuízos causados aos procedimentos de fiscalização, no caso específico da ação fiscal em lide, decorrente do não atendimento pelo contribuinte da intimação para regularização dos arquivos.

O atendimento da diligência foi realizado parcialmente pelos autuantes, fls. 180 e 181, tendo em vista que não atenderam ao solicitado no item primeiro do pedido.

Quanto a regularização dos referidos arquivos, informaram que o contribuinte não entregou novos arquivos, portanto, não teria regularizado a situação, apesar de ter sido intimado de 15/04/2010, folha 6 dos autos.

Destacaram que uma regularização do referido arquivo magnético motivada pelo Auto de Infração não surtirá efeito, tendo em vista que o exercício de 2005 a que se refere o arquivo, já se encontra decaído.

No tocante aos prejuízos causados aos procedimentos de fiscalização, esclareceram que sem correção dos arquivos magnéticos com o nível de detalhe exigido na legislação (falta do registro 60-R) não foi possível realizar o roteiro da AUDIF 207 – Auditoria de Estoque, já que não foi possível quantificar os itens vendidos através dos ECF's. Em outros anos que esta rotina foi realizada o roteiro apurou significação omissão de ICMS.

Em nova manifestação defensiva, fls. 185 e 188, após receber cópia do resultado da diligência, fez uma síntese da defesa e aduziu que os autuantes não precisaram quais os elementos que faltaram nos arquivos, reiterando argumentos da defesa anterior.

O PAF foi convertido em nova diligência aos autuantes, fl. 192, para que atendessem a solicitação constante do item primeiro da diligência anterior, o que foi atendido às folhas 194 a 358.

Ao se manifestar sobre o resultado da 2ª diligência o autuado, fls. 363 a 365, reconheceu que não existe correspondência entre a matéria do Auto de Infração ora em lide com os demais autos lavrados na mesma ação fiscal, reiterando argumentos da defesa inicial.

O PAF foi convertido em nova diligência para que fosse reaberto o prazo de defesa em 30 (trinta) dias, como requerido pela defesa durante a fase de sustentação oral.

O autuado foi intimado, fl. 373-A, para se manifestar no prazo de 10 (dez) dias.

Em nova manifestação defensiva, fls. 373 a 378, diz que é preciso revisitar o contexto em que se deu a conduta imputada à Impugnante: a intimação a que se refere a Fiscalização deu-se quando já ultrapassado o quinquênio inerente à obrigação de guarda de documentos e arquivos fiscais. Não fosse isso, é certo que a Impugnante, ao longo desse período, passou por reestruturação decorrente da incorporação noticiada que foi cercada por dificuldades no tocante ao acesso e gerenciamento de arquivos como o que requerido após transcurso considerável de tempo pela Fiscalização.

Lembra que a Impugnante não deixou de proceder à entrega do arquivo magnético: o arquivo foi disponibilizado à Fiscalização. O que não esteve ao alcance da Impugnante, embora tenha envidado esforços para atender ao requerido, foi complementar, mais de cinco anos após, as informações já prestadas.

Reitera que não se teve notícia de quais detalhes teriam sido insuficientes à fiscalização, que fundamentou genericamente a exigência no Convênio 57/95 sem precisar quais os elementos que eventualmente faltaram à sua análise.

Aduz que, pela lógica da razoabilidade, é certo que os contribuintes que se esmeram no cumprimento de suas obrigações, ainda quando entreguem arquivos cujas informações venham a ser consideradas insuficientes, não podem ser penalizados na mesma medida em que aqueles que passam ao largo de tal cumprimento, omitindo-se absolutamente na entrega de arquivos dessa ordem.

Diz que resta patente a desproporcionalidade da multa aplicada, haja vista não ter se configurado qualquer prejuízo ao erário, que dispunha e dispõe de outros meios para apurar a informação acerca da quantidade de itens vendidos pela Impugnante. A alegação de prejuízo fragilmente tecida pela Fiscalização reside no plano teórico das hipóteses, não sendo lícito ao Fisco exigir quantia milionária pela simples possibilidade de que, sob determinado ângulo, possa ter havido algum prejuízo na análise da documentação.

Nova Informação fiscal, fls. 380 a 382, os auditores salientam que na nova defesa a impugnante argüiu que:

a) a intimação deu-se quando já ultrapassado o quinquênio inerente à obrigação de guarda de documentos e arquivos fiscais;

b) não se teve notícias de quais detalhes teriam sido insuficientes à fiscalização.

A fim de atender a diligência requerida pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal, tece os seguintes comentários:

O enquadramento da multa aplicada foi baseado art. 42, inciso XIII-A, alínea “g” na Lei 7.014/96 com redação pela Lei nº 9.159, de 09/07/04, DOE de 10 e 11/07/04, efeitos de 10/07/04 a 10/02/05 e pela Lei nº 9.430, de 10/02/05, DOE de 11/02/05, efeitos de 11/02/05 a 27/11/07. Portanto, a multa aplicada foi com base na Lei 7.014/96, art. 42, inciso XIII-A, alínea “g” e suas alterações, conforme folhas 169 e 170.

Quanto a alegação que a intimação deu-se quando já ultrapassado o quinquênio inerente à obrigação de guarda de documentos e arquivos fiscais, diz que não procede, pois a documentação deve ser mantida durante o período decadencial e a intimação estava dentro deste período, conforme folhas 6. O não atendimento pela impugnante não se deu pelo entendimento da mesma de que a intimação ultrapassou o quinquênio e sim, porque não conseguiu recuperar os dados, folhas 7.

Também não procede a alegação da defesa de não se teve notícia de quais detalhes teriam sido insuficientes à fiscalização, que fundamentou genericamente a exigência do Convênio 57/97 sem precisar quais os elementos que eventualmente faltaram à sua análise, pois no documento das folhas 6, o contribuinte foi intimado a reapresentar o arquivo magnético estabelecido pelo Conv. 57/95 com o registro 60-R, e é do conhecimento da impugnante os dados necessários para a apresentação dos registros determinados pelo Conv. 57/95, visto que, o próprio convênio já determina os itens que serão necessários para a apresentação de cada arquivo, portanto não pode alegar a impugnante de que não foi informada dos itens que deveriam ser apresentados. Em resposta a esta intimação a impugnante informou não ser possível refazer o arquivo magnético estabelecido pelo Conv. 57/95 com o registro 60-R, folhas 7. Portanto, a impugnante tinha sim o conhecimento de quais dados deveria completar o arquivo magnético estabelecido pelo Conv. 57/95

Ao final, ratificam a informação fiscal, folhas 168 a 176 e diligência folhas 180 a 181.

Considerando que os fatos geradores objeto da autuação fiscal ocorreram na vigência da Lei nº 9.430/05, in verbis:

Redação dada ao dispositivo abaixo, do inciso XIII-A do caput do art. 42, pela Lei nº 9.430, de 10/02/05, DOE de 11/02/05, efeitos de 11/02/05 a 27/11/07:

"XIII-A -

(...)

g) 1% (um por cento) do valor das saídas de mercadorias e das prestações de serviços realizadas em cada período de apuração, pelo não fornecimento, mediante intimação, do respectivo arquivo magnético contendo a totalidade das operações de entrada e de saída e das prestações de serviços tomadas e realizadas, ou pela entrega dos referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitem a sua leitura;"

Considerando que no Auto de Infração foi consignado que o enquadramento legal teria sido com base na Lei nº 9.159/04, que somente vigorou até 10/02/2005, esta 2ª JJF converteu o PAF em diligência a INFAZ DE ORIGEM, para que fosse entregue ao contribuinte cópia da informação fiscal e que fosse reaberto o prazo de defesa 30 (trinta) dias.

Em nova manifestação defensiva, fls. 391 a 398, alegou que:

- Operou-se a decadência de grande parte dos débitos, a teor do artigo 150, § 4º, do CTN;
- A infração foi erroneamente tipificada como falta de entrega de arquivo magnético, quando em

verdade houve a entrega do arquivo;

- Não foram declinadas quais as informações, dentre aquelas arroladas pelo Convênio 57/95, deixaram de ser fornecidas;

- A penalidade está sendo aplicada por mera hipótese, sem que haja dano materializado ao erário e o CTN, em seu artigo 112 impõe que, havendo dúvida acerca da infração, vigore a interpretação mais benéfica ao contribuinte;

- Há patente ilegalidade na cominação de multa contra a incorporadora por conduta incorrida pela sociedade incorporada, haja vista o inegável caráter pessoal e subjetivo das penalidades e, precipuamente, considerando-se que à época da incorporação o crédito tributário veiculado pelo presente Auto não estava constituído;

- O vultoso valor exigido a tal título evidencia o inegável caráter confiscatório da multa exigida.

Reitera que as intimações relativas ao presente feito sejam realizadas exclusivamente em nome do advogado do autuado.

Em nova informação fiscal, fls. 408 a 411, a autuante sustenta que não procede a arguição de que a infração foi erroneamente tipificada como falta de entrega de arquivo magnético, quando na verdade houve a entrega do arquivo. Na realidade o texto da infração consta: “deixou de fornecer arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas. O contribuinte forneceu via internet através do programa Validador/Sintegra arquivos magnéticos estabelecidos nos Convênio 57/95 sem o nível de detalhamento exigido na legislação, pois não apresentou o registro 60-R e não atendeu a intimação para regularizar a falta de registro”.

Assevera que a alegação de que houve aplicação de multa por mera hipótese não prospera, pois a multa foi aplicada pelo fato do contribuinte não apresentar arquivos magnéticos retificados com a inclusão do registro 60R, exigidos mediante intimação, já que os mesmos registros (60R) não constam dos arquivos magnéticos anteriores.

No tocante a argumentação de que a multa não pode ser aplicada contra a incorporadora não procede, pois a multa foi aplicada contra a STEMAR (incorporada), que estava em operação na época do fato gerador, conforme folhas 8 a 12 (recibo de entrega do arquivo magnético incompleto por parte da STEMAR) e folhas 13 a 111 (livro Registro de Apuração escriturado pela STEMAR), aduz que no momento da constituição do crédito tributário a situação da STEMAR era ativa nas juntas comerciais do Rio de Janeiro (sede da matriz) e na Bahia.

Salienta que com relação as demais alegações a impugnante não traz novos argumentos defensivos.

Ratifica a informação fiscal, folhas 168 a 176 e diligências folhas 180 a 181 e 380 a 382, opinando pela procedência da autuação.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que a autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir ICMS em decorrência de deixar de fornecer arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas. Consta da acusação que o contribuinte ofereceu via Internet através do programa Validador/Sintegra arquivo magnético estabelecido no Convênio 57/95 sem o nível de detalhe exigido na legislação, pois não apresentou o registro 60-R e não atendeu a intimação para regularizar a falta de registro, referente ao período de fevereiro a dezembro de 2005, conforme Demonstrativo de multa formal por falta de entrega do Registro 60-R, cuja cópia foi entregue ao contribuinte.

Em sua última manifestação defensiva o sujeito passivo alegou que:

- Operou-se a decadência de grande parte dos débitos, a teor do artigo 150, § 4º, do CTN;

- A infração foi erroneamente tipificada como falta de entrega de arquivo magnético, quando em verdade houve a entrega do arquivo;

- Não foram declinadas quais as informações, dentre aquelas arroladas pelo Convênio 57/95, deixaram de ser fornecidas;
- A penalidade está sendo aplicada por mera hipótese, sem que haja dano materializado ao erário e o CTN, em seu artigo 112 impõe que, havendo dúvida acerca da infração, vigore a interpretação mais benéfica ao contribuinte;
- Há patente ilegalidade na cominação de multa contra a incorporadora por conduta incorrida pela sociedade incorporada, haja vista o inegável caráter pessoal e subjetivo das penalidades e, precipuamente, considerando-se que à época da incorporação o crédito tributário veiculado pelo presente Auto não estava constituído;
- O vultoso valor exigido a tal título evidencia o inegável caráter confiscatório da multa exigida.

Inicialmente afasto a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, uma vez que não houve incorreção no enquadramento legal da multa aplicada, tendo em vista que os autuantes indicaram corretamente o dispositivo da citada penalidade, conforme redação vigente no período dos fatos geradores apontados no lançamento tributário ora em lide, conforme foi transcrito pelos autuantes na informação fiscal, acima reproduzido.

De igual modo, não cabe a arguição de nulidade em decorrência de ilegitimidade passiva, apresentado na fase de sustentação oral, durante o julgamento, uma vez que a infração foi cometida pela empresa autuada, conforme pode ser observado às folhas 05 e 13 dos autos, onde constam a intimação e livro fiscal do autuado. Devo ressaltar que a inscrição do estabelecimento autuado ainda não foi baixada no cadastro de contribuinte da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia.

Também não se observa qualquer erro ou vício especificado no art. 18, do RPAF/99, que possibilite sua decretação, pois a falha existente, inicialmente, foi devidamente corrigida mediante diligência fiscal que acostou aos autos cópias dos demais Autos de Infrações lavrados na ação fiscal, com a reabertura do prazo de defesa, 30 dias.

Quanto ao pedido de diligência apresentada pela defesa, durante a fase de sustentação oral, alegando que deveria ter sido intimada da informação fiscal inicial, folhas 168 a 176, alegando que os autuantes terem transcrito o dispositivo do Regulamento do Estado da Bahia da multa aplicada, uma vez que a transcrição do dispositivo da multa aplicada com o texto da época dos fatos geradores não representa nenhum fato novo, simplesmente os autuantes reproduziram o conteúdo do dispositivo da multa aplicada, o qual já havia consignado, corretamente, no corpo do Auto de Infração.

A defesa não pode alegar que não conhecia o conteúdo da norma tributária em vigor na época dos fatos geradores.

Ressalto, ainda, que não foi acostado nenhum documento ou demonstrativo quando da referida informação fiscal.

Em relação à alegação defensiva de decadência parcial do lançamento tributário, relativo aos fatos gerados ocorridos no período de 1º de fevereiro a 18 de julho de 2005, não pode ser acolhida, pelos motivos que passo a expor.

O entendimento doutrinário e jurisprudencial, nos lançamentos tributários sujeitos à 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, como no caso do ICMS, quando do pagamento antecipado, o ente tributante dispõe de cinco anos para realizar o lançamento ou homologação, nos termos do artigo 150 do CTN - Código Tributário Nacional.

Observe que o pagamento antecipado pelo sujeito passivo, nos termos do artigo acima citado, extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento. Havendo pagamento integral do tributo devido, não havendo outro prazo previsto em lei para

homologação, este será de 5 (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.

Para aplicação da referida norma legal, é necessário que sejam atendidos alguns requisitos, entre eles, que o tributo tenha sido apurado e recolhido de acordo com lei, ou seja, o pagamento integralmente do valor devido pelo sujeito passivo; que não exista lei que fixe outro prazo e por fim, que não tenha ocorrido dolo, fraude ou simulação, requisitos não existentes na lide em questão.

Na presente lide, o sujeito passivo, contribuinte do ICMS no Estado da Bahia, omitiu-se em prestar as informações ao fisco, conforme artigo 149 do CTN, sendo necessária a apuração do imposto devido mediante procedimento administrativo tributário, resultando na lavratura do Auto de Infração em tela, por ter o sujeito passivo omitido informações na apuração do ICMS e realizado o conseqüente recolhimento em valor inferior ao devido.

Portanto, não se pode falar na aplicação da regra do § 4º do artigo 150 do CTN, pois, mediante ação fiscal, restou comprovada a omissão de pagamentos do tributo estadual, não havendo pagamento antecipado não se pode falar em homologação, pois não se pode homologar um pagamento que não foi realizado pelo sujeito passivo.

Também não pode ser argüida a aplicação do § 4º do artigo 150 do CTN, pois o Código Tributário do Estado da Bahia, Lei nº 3.956 de 11 de dezembro de 1981, aplicado aos contribuintes baianos, em seu artigo 107-B, fixou prazo para homologação, exercendo a faculdade prevista no próprio § 4º do artigo 150 do CTN.

O prazo para homologação tácita do lançamento e extinção do crédito tributário, fixado no Código Tributário do Estado da Bahia, no § 5º do artigo 107-B, é de 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, desde que não seja comprovada a existência de dolo, fraude ou simulação, pois, comprovada essa situação, o tributo poderá ser reclamado pelo sujeito ativo, ente tributante, a qualquer época.

Assim, no caso em tela, o prazo para contagem da decadência deve ser observado o previsto no § 5º do artigo 107-B do Código Tributário do Estado da Bahia, combinado com o artigo 173, inciso I, do CTN, o qual estabelece que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Portanto, por se tratar de fatos geradores ocorridos no exercício de 2005, o fisco teria até o dia 31/12/2010 para constituir o lançamento tributário. Como o Auto de Infração foi lavrado em 14/07/2010 não se configurou a decadência.

Também descabe a alegação de que as multas são confiscatórias, pois são as legalmente previstas para as infrações apuradas, como também, a pretensão de cancelamento ou redução da multa, visto que não restou provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo. Ademais, o autuado não refez os referidos arquivos e, como bem ressaltaram os autuantes, a regularização do referido arquivo magnético não surtiria efeito, tendo em vista que o exercício de 2005 a que se refere o arquivo, já se encontra decaído.

Quanto ao pedido do impugnante para exclusão das multas, sob alegação de que a sociedade incorporadora não deve responder pelas multas de infração lançadas contra a sociedade incorporada após a data da respectiva incorporação, entendo que as multas administrativas são intransferíveis e têm caráter pessoal, se reportando a um processo de sucessão ocorrido na empresa, entendo que não pode ser acolhido, pois nos casos de sucessão empresarial, a empresa sucessora assume todo o patrimônio da sucedida, abrangendo tanto os direitos como as obrigações já contratadas. Portanto, discordo da alegação do impugnante pertinente à dispensa da multa, uma vez que as sanções intransmissíveis e incomunicáveis dizem respeito às infrações

penais administrativas, inclusive discriminadas no art. 136 do CTN, e não, como quis induzir o autuado, às infrações administrativas. Efetivamente, o fato da empresa incorporada encontrar-se em processo de baixa ou já baixada não tem nenhuma relevância na manutenção da multa aplicada.

Entendo que não procede a arguição de que a infração foi erroneamente tipificada como falta de entrega de arquivo magnético, quando na verdade houve a entrega do arquivo, pois no texto da infração consta: “deixou de fornecer arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas. O contribuinte forneceu via internet através do programa Validador/Sintegra arquivos magnéticos estabelecidos nos Convênio 57/95 sem o nível de detalhamento exigido na legislação, pois não apresentou o registro 60-R e não atendeu a intimação para regularizar a falta de registro”. Nesta condição, o § 6º do artigo 708-B do RICMS, estabelece que a entrega de arquivo magnético em atendimento à intimação de que trata o *caput* do citado artigo, fora das especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, configura não fornecimento.

Constatei que o sujeito passivo apresentou os arquivos magnéticos sem os Registros 60-R. Os autuantes intimaram o contribuinte para regularização dos citados arquivos o que não foi atendido pelo impugnante, razão pela qual não acato a alegação defensiva de que houve aplicação de multa por mera hipótese, pois a multa foi aplicada pelo fato do contribuinte não apresentar arquivos magnéticos retificados com a inclusão do registro 60R, exigidos mediante intimação, já que os mesmos registros (60R) não constam dos arquivos magnéticos anteriores, estando bastante clara as informações não fornecidas pelo autuado nos citados arquivos.

O contribuinte não nega a imputação, inclusive informa que não logrou êxito no reprocessamento das informações, argumento que não elide a infração.

É notório os prejuízos causados aos procedimentos de fiscalização, pois sem a correção dos arquivos magnéticos com o nível de detalhe exigido na legislação (falta do registro 60-R) não foi possível realizar o roteiro da AUDIF 207 – Auditoria de Estoque, devido a impossibilidade de quantificar os itens de vendidos através dos ECF's. Em outros anos que esta rotina foi realizada, o roteiro apurou significa omissão de ICMS, conforme destacaram os autuantes e não foi negado pela defesa. Assim, não existe dúvida quando a infração praticada pelo sujeito passivo.

Quanto ao pedido para que todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas aos profissionais regularmente constituídos nos autos, devo ressaltar que a matéria já se encontra regulamentada nos artigos 108 e 109 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF, aprovado pelo Decreto Nº 7.629 de 09 de julho de 1999, inexistindo qualquer irregularidade processual se a intimação for endereçada ao estabelecimento autuado.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **274068.0009/10-2**, lavrado contra **STEMAR TELECOMUNICAÇÕES LTDA. (CLARO S.A.)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$4.846.567,00**, prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea “g”, da Lei nº 7.014/96, com a redação vigente à época dos fatos geradores e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de maio de 2012.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

ANGELO MÁRIO DE ARAUJO PITOMBO – JULGADOR