

PROCESSO	- A.I. Nº 206944.0002/11-5
RECORRENTE	- RESIL MINAS INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0061-04/12
ORIGEM	- IFEP INDÚSTRIA
INTERNET	- 01.10.2013

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0368-13/13

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. **a)** MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. **b)** MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Multas de 10% e 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Imputações não impugnadas no mérito. 2. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE ENTREGA. ENTREGA APÓS INTIMAÇÃO. MULTA. Restou comprovado que o estabelecimento autuado tendo sido intimado mediante listagem diagnóstica para corrigir arquivos magnéticos entregues com divergências de valores (R50 e R54) e omissão de registro de notas fiscais, reapresentou os arquivos magnéticos contendo as mesmas inconsistências o que caracteriza a falta de entrega dos arquivos magnéticos de acordo com o que dispõe a legislação do imposto. Infração não elidida. Rejeitadas as alegações de nulidade e de decadência de parte dos valores exigidos. De ofício, corrigida a data de ocorrência da infração 05, posterior às datas lançadas no Auto de Infração. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra julgamento, em Primeira Instância, do Auto de Infração nº 206944.0002/11-5, lavrado em 20/09/2011 para exigir ICMS no valor histórico total de R\$35.161,31, acrescido da multa de 60%, além de multas por descumprimento de obrigações tributárias acessórias no valor total de R\$1.997.585,51, em razão de cinco irregularidades, das quais as imputações 03 a 05 são o objeto do Recurso Voluntário:

Infração 03. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal no período de março/2006 a dezembro/2007, sendo aplicada multa de 10% sobre o valor não registrado - R\$71.882,38.

Infração 04. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis, sem o devido registro na escrita fiscal, no período de fevereiro/2006 a dezembro/2007, sendo aplicada multa de 1% sobre o valor não registrado - R\$17.806,71.

Infração 05. Deixou de fornecer arquivos magnéticos exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas. Consta, na descrição dos fatos no Auto de Infração que, conforme seu Anexo V, consignando listagem diagnóstica para correções de inconsistências e irregularidade de arquivos do Sistema Integrado de Informações sobre Operações Interestaduais com Mercadorias e Serviços - SINTEGRA, o contribuinte, após intimações, apresentou arquivos sem os requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, o que equivale a não fornecimento dos arquivos magnéticos. Indica-se que os arquivos entregues

apresentam omissão de itens de operações de entrada e saída no registro 54, divergência de valores entre o registro 50 e 54 e omissão de entrada de mercadorias tributáveis e não tributáveis, descumprindo o art. 708-A §§4º e 6º, 708-B §§ 2º, 4º, 5º e 6º do RICMS/BA/97. Multa – R\$1.907.896,42.

O Fisco acosta, às fls. 08 a 902 (volumes I a III) documentos que consistem, dentre outros, em demonstrativos do levantamento fiscal realizado; cópias e vias de notas fiscais; cópias de livros fiscais; Termo de Intimação com data de ciência do contribuinte em 09/08/2011 listando inconsistências nos arquivos magnéticos do sujeito passivo e concedendo-lhe trinta dias para apresentação dos arquivos magnéticos à SEFAZ/BA, fl. 310 (volume II); outras Intimações correlatas às fls. 887 a 900; cópia de correspondência eletrônica mantida entre Fisco e contribuinte às fls. 311 a 531; cópias de recibos de envio de arquivos SINTEGRA à SEFAZ na data de 31/08/2011 (fls. 532 a 543).

O autuado impugnou parcialmente o lançamento de ofício às fls. 907 a 920 (volume IV), reconhecendo o cometimento das infrações 01 e 02; alegando preliminar de decadência em relação ao período anterior a 28/09/2006 por ter sido cientificado da lavratura do Auto de Infração em 27/09/2011; contestando a imputação 05 no mérito. Juntou documentos, dentre os quais cópias de recibos de envio de arquivos SINTEGRA a esta SEFAZ na data de 31/08/2011 (fls. 971 a 996); às fls. 998 e 999, cópia de parte da correspondência eletrônica já anexada pelo Fisco às fls. 311 a 531; cópia de páginas de livro Registro de Entradas às fls. 1001 a 1028.

A autuante prestou informação fiscal às fls. 1039 a 1046 (volume IV) contestando as alegações defensivas e mantendo as imputações, dentre outros pontos destacando o histórico de intimações fiscais feitas ao sujeito passivo para a entrega de arquivos magnético retificados, iniciadas em março/2011, e ratificadas pelo Fisco nos meses subseqüentes de abril a agosto/2011 (fl. 1043).

O julgamento unânime em primeira instância manteve integralmente o Auto de Infração conforme Acórdão nº 0061-04/12, às fls. 1058 a 1064. Em seu voto assim se expressa o ilustre Relator:

VOTO

Com relação às infrações 3 a 5, o autuado argumentou que tendo sido cientificada do Auto de Infração em 28/09/11, decaiu o direito do Fisco proceder ao lançamento de créditos tributários referente a período anterior a 28/09/06 por entender que decorreram mais de cinco anos contados a partir da data de ocorrência dos fatos geradores de grande parte destas infrações, nos termos do art. 150, §4º do CTN, o que foi contestado pela autuante.

Verifico que o lançamento de ofício foi realizado em 20/09/11 com ciência do autuado em 27/09/11.

O art. 150, § 4º do CTN, estabelece que “Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele 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”.

O art. 107-B da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia), que incorporou o art. 150 do CTN, no seu § 5º dispõe:

§ 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.

Assim, a legislação tributária do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento, não podendo ser argüida a determinação do art. 150, § 4º do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixar prazo à homologação. Os créditos constituídos relativos aos fatos geradores ocorridos no período de 01/01/06 a 20/09/06 só seriam desconstituídos se o lançamento tributário ocorresse depois do dia 31/12/11. Por isso, não acato o pedido formulado pelo impugnante.

O autuado suscitou a nulidade da infração 5, sob à alegação de que não ficou claro quais inconsistências existiram nos arquivos magnéticos que foram enviados pelo sistema Sintegra sem que fosse indicado qualquer registro advertência, o que no seu entendimento carece de materialidade e impossibilitou de exercer o seu direito de defesa.

Verifico que a descrição da infração indica que a aplicação da multa decorreu da falta de fornecimento dos arquivos magnéticos exigidos mediante intimação. Também foi indicado que o contribuinte foi intimado para corrigir inconsistências dos arquivos entregues mediante listagem de diagnóstico (divergências entre os

registros 50 e 54, bem como omissão de registro de entradas) com indicação de ter descumprido o disposto nos artigos 686 e 708-B e parágrafos do RICMS/BA, com suporte em diversas intimações cujas cópias foram acostadas às fls. 310/325.

Pelo exposto, verifico que a descrição da infração, as intimações, a listagem de diagnósticos, bem como o enquadramento e tipificação da multa possibilitaram compreender e se defender do que foi acusado, sendo possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito, constituindo materialidade da infração descrita no Auto de Infração, não havendo qualquer impossibilidade de exercer o direito de defesa como alegado, não acarretando a nulidade pretendida, nos termos do art. 18, § 1º do RPAF/BA. Por isso, rejeito a preliminar de nulidade suscitada. Quanto à materialidade ou não da ocorrência da infração, será apreciado quando da análise do mérito.

No mérito, o Auto de Infração acusa falta de recolhimento do ICMS da diferença de alíquota, utilização indevida de crédito fiscal, além de aplicar multas pelo não registro na escrita fiscal de entrada de mercadorias e também, devido ao não fornecimento de arquivos magnéticos.

Na defesa apresentada, o autuado reconheceu o cometimento das infrações 1 e 2. Portanto, inexistindo questionamentos acerca destas infrações, as mesmas devem ser mantidas. Infrações procedentes.

Quanto às infrações 3 e 4, na defesa apresentada o autuado limitou-se a invocar a extinção dos créditos tributários constituídos relativos a período anterior a 26/09/06, o que já foi apreciado nas preliminares.

Verifico que as infrações estão suportadas pelos demonstrativos acostados às fls. 30/32 e 270/273, fazendo-se acompanhar de cópias das notas fiscais juntadas às fls. 33/269 e 282/327 que foram devidamente entregues ao autuado (fls. 32 e 273). Como as multas aplicadas decorrem da não escrituração das notas fiscais nos livros do estabelecimento autuado, sendo ele detentor dos livros e não tendo apresentado qualquer fato controverso, importa na presunção de veracidade da acusação e aceitação tácita do lançamento (art. 142 do RPAF/BA). Por isso devem ser mantidas integralmente as infrações 3 e 4. Infrações procedentes.

Quanto à infração 5, o autuado apresentou na sua defesa alegações que podem ser resumidas:

- a) Enviou os arquivos magnéticos para o Fisco Estadual em 31/08/11 e não foi acusado qualquer “registro de advertência”, entendendo que os mesmos são regulares;
- b) Não identificou quais divergências deveriam ter sido corrigidas;
- c) Agiu de boa-fé e a fiscalização negou-se a informar qual procedimento deveria ser adotado na correção de arquivos magnéticos.

Verifico que a infração descreve que a empresa deixou de fornecer arquivo magnético exigido mediante intimação, complementada com a informação de que após ter sido fornecido listagem de diagnósticos para correção de inconsistências (omissão de itens nas operações de entradas e saídas no Registro 54 (R54) e divergência de valores entre o registro 50 (R50) e R54, e omissão de entradas de mercadorias) as mesmas não foram corrigidas, o que configura o não fornecimento.

Pela análise dos elementos contidos no processo verifico que o início da fiscalização se deu em 10/01/11 (fl. 826), tendo a autuante expedido a intimação nº 2 (fl. 832) requisitando apresentação dos arquivos magnéticos corrigidos em 31/03/11 indicando ausência do R54 relativo a entradas e saídas no R50. Foi reiterada a intimação por email em 14/04/11 (fl. 839).

Em 09/08/11 conforme intimação nº 15 (fl. 310) a empresa foi intimada (nº 15) tendo sido concedido prazo de 30 dias para corrigir inconsistências nos arquivos magnéticos. Em 12/08/11 a empresa comunicou que estava finalizando as correções e inconsistências do arquivo magnético (fl. 311). Em 15/09/11 o autuado ponderou que deveria indicar um funcionário da SEFAZ para orientar como corrigir as inconsistências do arquivo magnético (fl. 319) tendo a autuante respondido no dia seguinte que não existe este tipo de orientação e que seria aplicada a multa decorrente da não apresentação dos arquivos.

Foram juntados às fls. 326 a 531 demonstrativos das inconsistências identificadas pela fiscalização com recibo passado pelo representante do autuado (fl. 326, 436...), a exemplo:

- a) Fls. 326/398 - notas fiscais de entradas constantes do R50 sem o correspondente no R54;
- b) Fls. 399/418 – notas fiscais de entradas constantes do R50 com valores divergentes no R54. Tomando como exemplo a nota fiscal 355710 de 06/10/06 com valor no R50 de R\$40.612,72 e R54 de R\$5.685,78 com diferença de R\$34.926,94;
- c) Fls. 419/435 - notas fiscais de saídas constantes do R50 sem o correspondente no R54;
- d) Fls. 436/523 – notas fiscais de saída constantes do R50 com valores divergentes no R54. Tomando como exemplo a nota fiscal 8633 de 04/01/06 com valor no R50 de R\$6.800,00 e zero no R54.
- e) Fls. 524/531 – relação de notas fiscais omissas de lançamentos no arquivo magnético.

A empresa fez entrega dos arquivos magnéticos em 31/08/11 supostamente corrigidos em atendimento à intimação feita em 09/08/11 cujos protocolos de entrega no Sintegra foram acostados às fls. 532/543. O resumo dos registros nos mencionados protocolos indica persistência de inconsistências, a exemplo do mês de

dezembro/06 que indica valor contábil de R\$10.608.659,32 de entradas no R50 e valor zero correspondente no R54 (fl. 532).

A autuante juntou cópia de novos demonstrativos indicando a persistência das inconsistências (fls. 544/824).

Pelo acima exposto, restou comprovado que tendo a fiscalização identificada inconsistências nos arquivos magnéticos entregues à SEFAZ (art. 708-A do RICMS/BA), elaborou lista diagnóstica das inconsistências e intimou a empresa para corrigi-las, sendo que os arquivos magnéticos reenviados continuaram contendo inconsistências. O § 6º do mencionado dispositivo legal prevê que “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”. Logo, não podem ser acatadas as alegações de que a ausência de advertências configura regularidade dos arquivos e que não identificou quais divergências deveriam ter sido corrigidas, pois foram indicadas na listagem diagnóstica elaborada pela fiscalização.

Ressalto que o art. 708-B do RICMS/BA estabelece que sempre que for intimado, o contribuinte deve fornecer os arquivos magnéticos ao Fisco num prazo de 5 dias úteis contados da data do recebimento da intimação. Caso os arquivos sejam entregues apresentando inconsistências, a legislação prevê que a fiscalização deve fornecer Listagem Diagnóstico indicando as irregularidades encontradas e conceder prazo de 30 dias para corrigi-los. Já o parágrafo 6º do mencionado dispositivo estabelece que “A entrega de arquivo magnético em atendimento à intimação de que trata o caput deste artigo, fora das especificações e requisitos previstos no convênio ICMS 57/95, configura não fornecimento”, sujeitando o contribuinte à penalidade prevista no art. 42, XIII-A, “j” da Lei nº 7.014/96. Portanto a multa aplicada se coaduna com os fatos.

Conforme ressaltado pela autuante na informação fiscal, a não entrega dos arquivos magnéticos dificultou ou impossibilitou a aplicação de diversos roteiros de auditorias, a exemplo de levantamento quantitativo de estoques, com base em códigos fiscais de operações para identificação das mercadorias mediante tratamento de dados contidos nos arquivos magnéticos e aplicação de programas específicos. Logo, a não apresentação dos arquivos magnéticos inibe substantivamente aferir a correção das operações praticadas pelo contribuinte, visto que é difícil efetuar o levantamento mediante digitação manual dos elementos fiscais.

Por fim, ressalto que o percentual da multa aplicada que a empresa alegou ser confiscatória é previsto na Lei 7.014/96, conforme tipificada na infração, portanto é legal. Infração mantida.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores já pagos.

Inconformado com a decisão proferida, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário às fls. 1078 a 1088, reproduzindo as suas alegações da impugnação originária. Em apertada síntese, o Recorrente reitera a alegação de decadência em relação à parte do período objeto da autuação, citando o artigo 150, §4º, do CTN, e a LC 87/96, e no mérito contesta a imputação 05.

Ressalta o pagamento dos valores objeto das imputações 01 e 02 e pede a sua homologação.

Com relação às infrações 03 a 05, afirma que não poderiam prosperar porque grande parte destas infrações teria sido atingida pelo instituto da decadência.

No que tange à infração 05, alega que não teria restado claro quais foram as supostas inconsistências apontadas pela fiscalização nos arquivos que foram enviados pelo sistema SINTEGRA e que não apresentaram registro de advertência no site da SEFAZ, e que também não teriam sido observados os princípios administrativos da razoabilidade, ampla defesa e busca da verdade material, o que conduziria à nulidade.

Quanto à decadência, ressalta que o período fiscalizado tem operações de janeiro/06 a dezembro/07, todavia a guarda de documentos relativos a operações e dados do estabelecimento autuado deveria obedecer ao prazo decadencial (art. 144 e 965 do RICMS/BA). Aduz que considerando os fatos geradores da obrigação de entregar livros e documentos (Registro de Entrada e arquivos magnéticos), infere que tendo sido cientificado do Auto de Infração em 27/09/2011, teria decaído o direito do Fisco proceder ao lançamento de créditos tributários referentes a período anterior a 28/09/2006.

Destaca que não poderia ser alegada a contagem do prazo a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que a exigência poderia ter sido realizada, por se tratar de obrigação acessória relacionada ao ICMS, que é imposto sujeito a lançamento por homologação, e que a regra a ser aplicada seria a prevista no art. 150, §4º, do Código Tributário Nacional - CTN. Requer

a extinção dos créditos tributários constituídos em relação ao período anterior a 28/09/2006, nos termos do art. 156 do CTN.

Quanto à infração 05, além de decadência de parte do crédito tributário, alega que os arquivos magnéticos apresentados durante a fiscalização foram enviados para o Fisco Estadual [SEFAZ] em 31/08/2011 e não fora acusado qualquer “registro de advertência” em todos os seus campos.

Entende que não tendo constado qualquer advertência no momento da entrega dos arquivos magnéticos no sistema SINTEGRA, mesmo que a autuante tenha constatado a existência de algumas incorreções, o fato de não constar nos documentos de recepção nenhuma pendência na época do envio em 31/08/2011, isto seria prova de que, de acordo com o SINTEGRA, a empresa não apresentaria irregularidades.

Ressalta que procedeu as correções requeridas pela fiscalização, tendo retransmitido os arquivos corrigidos, que foram recepcionados sem qualquer advertência, tendo a autuante insistido que ainda existiam pendências, mas que esta não teria fundamentado a incompatibilidade alegada, em relação a ausência de advertências na sua recepção. Entende que tendo entregue os arquivos magnéticos sem qualquer advertência na sua recepção, esses seriam regulares.

Alega boa-fé e diz que sempre respondeu às intimações do Fisco. Diz que o Fisco ter-se-ia negado a “oferecer suporte” a ele, recorrente, mesmo diante de suas claras dificuldades técnicas. Alegou ser empresa sucessora e por isto ter tido dificuldade para enviar os arquivos. Diz que nunca antes havia lidado com este tipo de situação de ter de retificar seus arquivos magnéticos. Diz que seu comportamento não teria causado prejuízo ao erário. Cita Acórdãos prolatados em 2005 e 2006 por este Colegiado, acerca de redução de multas por descumprimento de obrigações acessórias relacionadas com arquivos magnéticos. Cita a Lei 11.980/10, e diz que esta concedera descontos para pagamento de débitos fiscais em atraso e que a não redução da multa aplicada, para infrações ocorridas em período que estaria atingido pela anistia concedida por essa Lei, seria ofensa à isonomia.

Conclui pedindo que seja homologado o pagamento já efetuado, referente às infrações 01 e 02; reconhecimento da decadência dos débitos exigidos cujos fatos geradores tenham ocorrido antes de 28/09/2006; que, em relação à infração 05, seja esta excluída ou, pelo menos, reduzida, tendo em vista a presença dos elementos contidos no §7º do artigo 42 da Lei 7.014/96, consoante os argumentos que já apresentara.

Pede para ser intimado para fim de sustentação oral no endereço que indica à fl. 1088, “*sob pena de nulidade*”.

A PGE/Profis, por intermédio da Procuradora Maria Helena Mendonça Cruz, emite Parecer às fls. 1095 a 1098 aduzindo, quanto à alegação de decadência, que o recorrente a suscita em relação aos fatos geradores ocorridos entre janeiro a setembro de 2006. Que, no tocante a esta assertiva, não trepida em afirmar que a mesma é destituída de qualquer lógica jurídica, em razão de desconsiderar a interpretação sistemática da norma entalhada no art. 150, §4º, do CTN e sua interação com o disposto no art. 173, I, do mesmo *codex*. Que o art. 173 do Código prevê prazo decadencial de cinco anos, com três hipóteses de termo inicial. Que na primeira (art. 173, I), que se constitui na regra geral, o termo inicial do prazo é o primeiro dia do exercício (financeiro; atualmente, coincide com o ano civil; Lei 4.320/64, art. 34) seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Que esta regra se aplica às hipóteses de lançamento “de ofício” e “por declaração”. Que, quanto ao lançamento “por homologação”, há duas situações:

a) o sujeito passivo antecipou, efetivamente, o pagamento do tributo devido; que, neste caso, não há que falar-se em decadência, posto que o lançamento será, inapelavelmente, homologado, seja expressamente, pela autoridade competente, seja de forma tácita, caso o Fisco deixe transcorrer *in albis* o prazo quinquenal para a homologação expressa, contado da data de ocorrência do fato gerador;

b) o sujeito não antecipou o pagamento (ou o fez a menor que o devido); que, neste caso, o termo inicial do prazo de decadência é o primeiro dia do exercício (financeiro; atualmente, coincide com o ano civil; Lei 4.320/64, art. 34) seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Que se deve atentar, contudo, para que, aqui, o prazo decadencial se aplique ao lançamento de ofício que deve ser efetuado pela autoridade, à vista da omissão (ou do pagamento a menor) do sujeito passivo. Que, neste passo, o pagamento antecipado é o elemento essencial que caracteriza o lançamento por homologação, ou seja, que sem a antecipação do pagamento não há que se falar em lançamento por homologação e, por conseguinte, não há o que ser homologado. Que fácil se entremostra que o art. 150, *caput*, ao falar do momento em que ocorre o lançamento por homologação, que é quando a autoridade expressamente homologa a "*atividade*" do sujeito passivo, só autoriza a conclusão de que a "*atividade assim exercida*" é o pagamento antecipado. Cita texto do jurista Luciano Amaro. Afirma que a falta de pagamento do imposto, ou o imposto pago a menor, desloca o limite decadencial para as balizas descritas no art. 173, I, do CTN e não do art. 150, §4º, do mesmo Código.

Asseverando que é neste sentido que trafega a jurisprudência, cita decisão da esfera judicial, e afirma que quanto a este ponto não há como se aceder à tese recursal, em face do disposto no Código Tributário Nacional.

Aduz que o contribuinte pede que este CONSEF reduza a multa por descumprimento de obrigação acessória, com base no artigo 42, §7º, da Lei 7.014/96, e que o uso deste dispositivo legal obedece ao juízo de conveniência e oportunidade. Que, a teor deste dispositivo legal, não é a existência de qualquer débito tributário que logra desautorizar a redução, ou cancelamento da multa, mas apenas a existência daqueles débitos que sejam diretamente relacionados, em um liame de causa e efeito, à infração cuja multa se pretenda cancelar, ou reduzir.

Afirma que os argumentos do contribuinte não são suficientes para modificar a decisão objeto do recurso, e conclui opinando pelo improposito do Recurso Voluntário interposto.

À fl. 1101 está anexada informação de Renúncia a poderes de representação, protocolada nesta SEFAZ/BA pelo Advogado Rafael Barbosa, OAB/BA nº 26.086 que, antes de iniciados os trabalhos de julgamento do presente feito, na condição de Conselheiro integrante desta 3ª CJF declarou-se impedido.

O Advogado da empresa, em sustentação oral, reafirmou os termos do Recurso Voluntário, em especial quanto à alegação de decadência e ao pedido de redução da multa, novamente aduzindo inexistência de dolo e de prejuízo ao erário.

A Representante de PGE/Profis presente à sessão declarou corroborar os termos do Parecer PGE/Profis às fls. 1095 a 1098.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto no sentido de modificar a Decisão da 1ª instância.

O contribuinte restringe-se a reprisar as alegações defensivas já analisadas no Julgamento *a quo*.

Preliminarmente, quanto à alegação recursal relativa à pretendida ocorrência de decadência do direito de constituição do crédito tributário pela Fazenda Estadual da Bahia, em relação aos débitos exigidos cujos fatos geradores tenham ocorrido antes de 28/09/2006, observo que os artigos 150, §4º, e 173, ambos do CTN, estabelecem:

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 administrativo, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado expressamente a homologa.

§4º. Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 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.

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;

II – da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

O artigo 107-B da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia), que incorporou o artigo 150 do CTN, no seu parágrafo 5º dispõe:

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.

Assim, a legislação tributária do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento, não podendo ser argüida a determinação do artigo 150, §4º, do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixar prazo à homologação. Os créditos constituídos, em relação aos quais o contribuinte alega se ter operado a decadência, foram relativos ao exercício de 2006, e só seriam desconstituídos, em relação a este exercício, se o lançamento tributário ocorresse a partir do dia 01/01/2012.

Por este aspecto comungo do entendimento da PGE/Profis no sentido de que não ocorreu a alegada decadência, tendo em vista que o lançamento de ofício foi realizado em 20/09/2011.

Outro ângulo apontado pelo sujeito passivo diz respeito à caracterização do lançamento em si, posto que na presente lide o sujeito passivo advoga no sentido de que o lançamento realizado pela autoridade fiscal só se encontraria definitivamente realizado com a científicação ao sujeito passivo acerca da lavratura do Auto de Infração, nessa linha de raciocínio expondo que só após tal científicação ao sujeito passivo é que o lançamento de ofício teria eficácia no sentido de evitar que ocorresse a decadência relativa ao direito de constituição do crédito tributário.

Contudo, equivoca-se o contribuinte.

Na realidade, o lançamento de ofício, na situação em foco com a lavratura de Auto de Infração, é ato do Poder público, que figura como sujeito ativo da relação tributária.

Por conseguinte, tendo o Estado o poder-dever de agir, e neste sentido o poder-dever de constituir o crédito tributário, o lançamento do crédito tributário é apenas um ato administrativo vinculado.

A eficácia de tal ato administrativo, relativamente à científicação ao sujeito passivo, diz respeito a contagem de prazo para impugnação pelo contribuinte, e prazo para pagamento integral, ou parcial, do débito lançado pela autoridade fiscal. Por exemplo, se um Auto de Infração é lavrado, e o sujeito passivo não é do mesmo regularmente científico, tal lançamento não poderá ter eficácia quanto à cobrança administrativa, e/ou judicial, do débito lançado.

Mas a data da realização do lançamento de ofício, ato da administração pública, tem eficácia relativamente à interrupção da contagem para efeito de caracterização de decadência do direito de lançamento, independentemente da científicação ao contribuinte, que é outro, e necessariamente posterior, ato administrativo.

O contribuinte pode, e deve, declarar o imposto que calculou devido ao Estado mas este, na condição de sujeito ativo da relação jurídica, é aquele que tem o poder de analisar e homologar o

auto-lançamento de débito tributário previamente realizado pelo contribuinte e, mesmo quando não tenha sido esse auto-lançamento realizado, proceder ao lançamento de ofício. Assim define o CTN em seu artigo 142:

CTN:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

(destaques nossos)

Portanto, a data de lavratura do Auto de Infração é a data válida para efeito de impedir que se opere a decadência do direito de lançar o crédito tributário, e não a data de cientificação ao contribuinte, pelo que não acolho a arguição recursal neste sentido.

Quanto à aplicabilidade, na lide em foco, do teor da Súmula Vinculante nº 08 do STF, aprovada na sessão plenária de 12/06/2008, e publicada no DOE de 20/06/2008, permito-me transcrever, por com o mesmo concordar integralmente, o voto da preclara Conselheira Sandra Urânia Silva Andrade, proferido no Acórdão CJF nº 0130-11/11 deste CONSEF, e que de maneira precisa trata a questão:

Acórdão CJF nº 0130-11/11:

“VOTO

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 transcrita, in verbis:

(...)

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.”

Analiso, também, o questionamento acerca de que teriam sido exigidos arquivos magnéticos e livros fiscais contendo dados relativos a fatos geradores ocorridos em 2006, e que o contribuinte só teria obrigação da guarda de documentos e livros fiscais por cinco anos. De fato, por cinco anos, e a este entendimento se aplica o quanto já exposto neste voto acerca de prazo decadencial.

Pelo exposto, voto no sentido da não ocorrência da decadência em relação ao período objeto do lançamento fiscal, neste incluído o exercício de 2006.

Ainda preliminarmente, no que tange ao pedido de declaração de nulidade do presente lançamento de ofício verifico que, tal como já devidamente apreciado no julgamento de primeira instância, estão presentes os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos tributários reclamados, não estando, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, incursos nas hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/99.

Ademais ficou evidenciado, tanto da impugnação ao lançamento de ofício, quanto do teor do Recurso Voluntário, que o contribuinte entendeu as imputações, tendo recebido os demonstrativos atinentes às mesmas e exercido tempestivamente seu direito de defesa tendo, inclusive, pronunciado-se quanto ao mérito neste processo. Argüição de nulidade rejeitada.

Observo que as multas aplicadas, como também os acréscimos moratórios incidentes sobre o débito, obedecem ao disposto na legislação tributária estadual, mais especificamente no artigo 42 da Lei nº 7.014/96 e no artigo 102, § 2º, II, também do COTEB, com as alterações introduzidas pela Lei nº 7.753/00.

A Lei nº 11.980/10, mencionada pelo contribuinte, trata de hipótese de transação a ser realizada, naqueles termos ali especificados, entre contribuintes e Estado, para pagamento de débitos tributários em dada época, tendo sido estabelecidos prazos e condições aos quais não se subsume a situação ora em foco, pelo que a alegação do contribuinte, quando a “isonomia”, não tem amparo nem no texto da mencionada Lei, nem na lógica jurídica.

Quanto à argüição baseada em ausência de dolo, a responsabilidade por infração relativa ao ICMS independe da intenção do agente, ou beneficiário, bem como da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato, nos termos do §2º do artigo 40 da Lei nº 7.014/96, pelo que não acolho os argumentos do contribuinte neste sentido. Também não está comprovada, nos autos, a ausência de prejuízo ao erário em decorrência de descumprimento das obrigações tributárias acessórias objeto da autuação. As decisões deste Conselho mencionadas pelo contribuinte não espelham a postura majoritária deste contencioso, tratando-se de decisões isoladas e sem força vinculante. Por outro lado, embora o contribuinte alegue ter atendido às intimações fiscais, os documentos constantes dos autos comprovam que na realidade o Fisco, durante meses, intimou o sujeito passivo para o cumprimento da obrigação acessória de envio de seus arquivos magnéticos contendo as informações corretas acerca de seu movimento fiscal, e o contribuinte continuadamente descumpriu as intimações fiscais. Ademais, as intimações estavam acompanhadas de listagem diagnóstico contendo a descrição das irregularidades verificadas pelo Fisco nos dados dos arquivos magnéticos enviados e que deveriam ser corrigidas pelo sujeito passivo, razão pela qual o contribuinte não tem lastro fático para basear suas argüições quanto à não compreensão do que estava sendo exigido pelo fisco. O Fisco exigiu a correção dos dados que apontou nos arquivos magnéticos, e isto ficou explicitado nas intimações enviadas ao sujeito passivo.

Assinalo que, tal como já dito no voto *a quo*, o §6º do artigo 708-A do RICMS/BA/97, aplicável ao caso, já previa que a recepção do arquivo pela SEFAZ não caracteriza que o arquivo entregue atende às exigências, especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, estando sujeito o contribuinte a correção posterior das inconsistências verificadas. Portanto, não procede a alegação recursal em contrário.

Quanto à alegação do contribuinte acerca de ser empresa sucessora, observo que nos casos de sucessão empresarial a empresa sucessora assume todo o patrimônio da sucedida, abrangendo tanto os direitos como as obrigações já contraídas.

Por outro lado, não cabe ao Fisco informar os dados dos arquivos SINTEGRA do contribuinte, posto que o Estado não tem a obrigação legal, como alega o sujeito passivo, de ensinar aos contribuintes a forma como devem agir, em termos de sistemas informatizados, para envio de seus dados a esta SEFAZ. Este é assunto atinente à administração interna de cada empresa.

Não merece reparo a decisão objeto do recurso.

Tal como já exposto no Relatório que antecede este voto, o contribuinte restringe-se a trazer, em sede de Recurso, o quanto já apreciado em primeira instância.

No mérito, voltou a questionar, citando de forma específica, a imputação 05, atinente a arquivos magnéticos, mas o fez de tal forma que as contestações que seriam de mérito se mesclararam com as preliminares de nulidade argüidas e já analisadas neste voto. O sujeito passivo não trouxe aos autos qualquer documento que elidisse as imputações, nem quanto à prova de escrituração correta de seus livros fiscais de Registro de Entradas, nem quanto à entrega dos arquivos magnéticos retificados, já sem as inconsistências apontadas pelo Fisco.

Contudo, de ofício observo, quanto à data de ocorrência da Infração 05, tendo em vista que esta diz respeito a falta de atendimento a intimação fiscal para a entrega de arquivos magnéticos, e que a intimação de fl. 310 (volume II) tem data de ciência do contribuinte em 09/08/2011 (3ª feira), o descumprimento da obrigação acessória de atendimento a tal intimação deu-se em 09/09/2011 (sexta-feira), dia seguinte ao termo final do prazo concedido. Portanto deve ser corrigida, no lançamento em julgamento, a data de ocorrência da Infração 05 para o dia 09/09/2011.

Quanto ao pedido para que as comunicações ao contribuinte, relativas ao Auto de Infração em lide, sejam encaminhadas ao endereço que indica em sua impugnação, tal providência pode ser tomada pela Inspetoria Fazendária de origem, respeitado o teor do artigo 108 do RPAF/99.

Assinalo, por devido, que embora esse pleito quanto ao endereço de intimação possa vir a ser acatado por esta SEFAZ, o não atendimento desta solicitação do contribuinte não implicaria nulidade, ao contrário do quanto afirmado pelo Recorrente, posto que o endereço do estabelecimento da empresa, portanto o endereço da pessoa jurídica autuada é aquele que consta em seu cadastro nesta SEFAZ, pelo que, a rigor, este o endereço a ser utilizado por esta Secretaria para efeito de intimação fiscal.

Por tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para declarar mantida a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos pelo setor administrativo competente desta SEFAZ e intimado o autuado para efetuar o pagamento do valor remanescente relativo ao débito tributário originalmente lançado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 206944.0002/11-5, lavrado contra **RESIL MINAS INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do valor remanescente relativo ao imposto originalmente lançado no montante de **R\$35.161,31**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias totalizando **R\$1.997.585,51**, previstas no art. 42, IX, XI e XIII-A, “j” da citada Lei e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de setembro de 2013

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – RELATORA

ANGELI MARIA GUIMARÃES FEITOSA – REPR. PGE/PROFIS