

PROCESSO - A. I. Nº 206900.0077/12-5
RECORRENTE - C&A MODAS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0232-02/13
ORIGEM - IFEP - DAT/NORTE
INTERNET - 24/04/2014

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO C.JF Nº 0078-12/14

EMENTA: ICMS. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE CORREÇÃO DOS ARQUIVOS MAGNÉTICOS ENTREGUES POR FORÇA DE INTIMAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA De acordo com o art. 708-B do RICMS/97 o contribuinte usuário de processamento de dados está obrigado a apresentar o arquivo magnético do SINTEGRA contendo informações das operações e prestações realizadas. Não foi atendida a intimação para correção do arquivo magnético. Infração caracterizada. Não acolhida a arguição de nulidade. Afastada a alegação de decadência. Negado o pedido de perícia. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face da Decisão primária que confirmou integralmente o lançamento fiscal, condenando o autuado ao pagamento de ICMS no valor histórico total de R\$20.881,26, acrescido da multa de 60%, além de multa pelo descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$87.518,71.

O Auto de Infração lavrado em 19/12/2012 decorre de duas infrações, sendo objeto do Recurso Voluntário apenas a infração 1, vez que o Sujeito Passivo reconheceu o cometimento da infração 2, como segue:

***Infração 01** - Forneceu informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requeridos mediante intimação, com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, ficando o valor da multa limitado a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações divergentes. Multa no valor de R\$87.518,71. (grifo do Relator)*

Consta na descrição dos fatos que:

Forneceu informações através de arquivo(s) magnético(s) exigido(s) na legislação tributária, requerido(s) mediante intimação, com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, ficando o valor da multa limitado a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações divergentes.

a empresa deixou de informar a descrição correta do produto constante de suas notas fiscais quando utilizou descrições genéricas no arquivo Tipo 75 do Sintegra, tudo de conformidade com os demonstrativos das notas fiscais com códigos duplicatos relacionadas nos anexos A, B e C referente aos exercícios de 2007, 2008 e 2009, respectivamente.

Da apreciação das razões de defesa e das informações fiscais, os membros da 2ª JJF, à unanimidade, decidiram pela procedência do Auto de Infração, julgando integralmente subsistente o Auto de Infração, tudo com fundamento nas razões expostas no voto do Relator da Decisão recorrida, cuja transcrição se faz, como segue:

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir ICMS e aplicar multa em decorrência de 02 duas infrações.

Em sua defesa o sujeito passivo reconhece a procedência da infração 02, tendo efetuado o pagamento. Portanto, não existindo lide, entendo que as mesmas restaram caracterizadas.

Assim, no caso em tela, a lide persiste em relação a infração 01, a qual passo a analisar.

Inicialmente, em relação a arguição, de forma indireta, de inconstitucionalidade à cobrança, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstenho de manifestar a respeito.

Não podem ser acolhida a preliminar de nulidade requerida pela defesa, pois não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois o autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve as infrações, fundamentando com a indicação dos fatos, normas, documentos e levantamentos de provas, bem como de seus dados, assim como indica o supedâneo jurídico.

Cabe ressaltar que não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal e nem cerceamento do direito de defesa ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infrações imputadas, tendo o sujeito passivo recebido cópia dos levantamentos e documentos de prova, além de cópia do Auto de Infração e do Demonstrativo de Débito correspondente.

Saliento que a descrição da infração foi previamente analisada e definida pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, ao aprovar o Sistema Informatizado de Emissão do Auto de Infração, inclusive estando a descrição vinculada aos dispositivos indicados, como sendo suficiente para a situação em lide, por consequência, também não existe dúvida do enquadramento legal que motivou o Auto de Infração, como alegado pela defesa, uma vez que o mesmo corresponde ao previsto na legislação na época dos fatos geradores.

Portanto, ante ao acima exposto, entendo que não podem ser acolhidas as alegações de nulidade da autuação vez que não vislumbro nos autos qualquer mácula que inquine de nulidade o lançamento de ofício ora em lide.

Em relação à alegação defensiva de decadência parcial do lançamento tributário, relativo aos fatos gerados relativos ao período anterior a dezembro de 2007, 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.

Observei 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, 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 consequente 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 2007, o fisco teria até o dia 31/12/2012 para constituir o lançamento tributário. Como o Auto de Infração foi lavrado em 19/12/2012 não se configurou a decadência.

Quanto ao pedido de perícia, formulado pelo autuado, indefiro, haja vista que os elementos de prova constantes nos autos são suficientes para a formação da minha convicção, e a prova do fato não depende de conhecimento especial de técnicos, conforme previsto no art. 147, inciso II, “a” e “b”, do RPAF/99.

Superadas as questões preliminares, observo que na infração 01 foi aplicada multa, imputando ao sujeito passivo ter descumprido obrigação acessória pelo fornecimento de informações através de arquivos magnéticos, requeridos mediante intimação, com omissão de operações ou prestações, com o valor da multa limitado a 1% do total das operações de entradas ou de saídas realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a mesma sobre o valor das operações ou prestações omitidas.

Na análise da Intimação para apresentação de informações em meio magnético, acostada à folha 10 dos autos, constata-se que o sujeito passivo foi devidamente intimado para apresentação dos arquivos corrigidos e lhe fora informado a inconsistência do arquivo, portanto, resta demonstrado nos autos que o procedimento fiscal atendeu as exigências determinadas no art. 708-B, §§ 3º e 5º do RICMS/BA, abaixo transcrito, inclusive, com relação ao prazo de trinta dias para correção:

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.

*...
§ 3º Tratando-se de intimação para correção de inconsistências verificadas em arquivo magnético, deverá ser fornecida ao contribuinte Listagem Diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas.*

*...
§ 5º O contribuinte terá o prazo de 30 dias, contados da data do recebimento da intimação, para corrigir arquivo magnético apresentado com inconsistência, devendo utilizar, no campo 12 do Registro Tipo 10, o código de finalidade “2”, referente a retificação total de arquivo.*

No mesmo sentido, no artigo 708-A, § 4º, estabelece que o arquivo magnético deverá ser entregue via Internet, devidamente criptografado e validado eletronicamente por programa disponibilizado pela Secretaria da Fazenda, com todos os registros correspondentes às operações desenvolvidas pelo contribuinte, inclusive os dados referentes a itens de mercadoria, quando for o caso.

Saliento que a intimação atendeu ao previsto no 708-B, § 3º, do já citado regulamento, uma vez que, no próprio corpo da Intimação foi especificadas as irregularidades existentes, fls. 10 a 21.

Resta cristalino, da análise dos elementos que embasam o lançamento tributário, que o sujeito passivo foi regularmente intimado para proceder as correções, tendo inclusive sido observadas as exigências preconizadas pelo art. 708-B do RICMS/BA, em especial a indicação das irregularidades encontradas nos referidos arquivos, bem como o prazo de 30 dias para sua regularização.

Examinado os valores das saídas consignados nos levantamentos fiscais que embasa constatei que a fiscalização observou o limite de 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período.

Quanto ao pedido de redução ou cancelamento da multa, o § 7º do art. 42 da Lei 7014/96, concede ao órgão julgador administrativo a discricionariedade de, uma vez imputadas às multas por descumprimento de obrigações acessórias, conceder redução ou cancelamento das mesmas, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto, dispositivo legal que é regulamentado pelo art. 158 do RPAF/BA.

Esta discricionariedade, portanto, permite que, mesmo não havendo dolo, fraude ou simulação ou falta de imposto recolhido, relativo as infração por descumprimento de obrigação acessória, os órgãos julgadores, fracionários deste CONSEF, não conceda a redução ou o cancelamento das multas aplicadas.

No presente caso, o autuado cometeu irregularidades, já relatadas no presente acórdão. Assim, diante das infrações claramente cometidas, devidamente apuradas e confirmadas nesse voto, não há como contemplar o

pedido do impugnante de redução ou cancelamento das multas.

Também não acolho o pedido de redução ou cancelamento, haja vista que a não apresentação ao fisco de arquivos ou a sua entrega com inconsistentes 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, razão pela qual não pode ser acolhido o argumento defensivo de que não teria causado prejuízo ao erário.

Sem os referidos arquivos, devido a complexidade das operações comerciais, agravado pela quantidade sempre crescente de contribuintes, fica impossível, nos dias atuais que o Poder Público possa realizar suas auditorias tributárias, visando verificar se o imposto foi corretamente recolhido, sem o uso do meios disponibilizados pela tecnologia moderna.

De igual modo, ninguém de bom senso pode admitir que um contribuinte desenvolva suas atividades sem o uso da informática.

Logo, da mesma forma não é razoável admitir que o sujeito ativo da relação tributária possa controlar e fiscalizar o correto recolhimento do ICMS sem tais Recursos, ou seja, sem os arquivos com os dados corretamente informados pelos contribuintes do referido imposto.

Portanto, fica evidente o prejuízo causado ao tesouro estadual pelo descumprimento da referida obrigação por parte do contribuinte. O autuado deixou de entregar os arquivos do período de indicado. Logo, não existe nenhuma dúvida quanto a infração praticada e os prejuízos causados para o controle e fiscalização do ICMS, razão pela qual a multa aplicada deve ser mantida.

Ressalto que se o autuado optar pelo pagamento da multa com a sua redução em 90%, ou seja, a multa de apenas 10% do valor lançado, poderá utilizar o benefício de redução previsto no Decreto nº 12.903, de 05/09/2013.

Quanto à data do fato gerador, na esteira da OG-GEAFI-FISC-003/2005 e seguindo a jurisprudência do CONSEF, como por exemplo, o ACÓRDÃO JJF Nº 0068-01/12 e ACÓRDÃO JJF Nº 0209-02/11, deve ser o primeiro dia útil subsequente ao término do prazo consignado para apresentação do arquivo magnético, no caso, para a data em que venceu o prazo concedido na intimação, fl. 08, 16/05/2012, ou seja, cinco dias úteis após a data da ciência da intimação que ocorreu em 08/05/2012.

Assim, a infração 01 é procedente.

Por fim, no que concerne a indicação do impugnante para que as intimações sejam realizadas em nome no advogado, ressalto que nada obsta o atendimento do pleito e que o órgão competente da Secretaria da Fazenda possa enviar as intimações e demais comunicações concernentes ao andamento deste processo para o endereço apontado. Observo, contudo, que o não atendimento da solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que as situações previstas para intimação ou ciência da tramitação dos processos ao contribuinte estão disciplinadas no art. 108 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/99 e, em perfeita sintonia com o estabelecido no Código Tributário Nacional, art. 127, que orienta, como regra, a eleição do domicílio tributário pelo sujeito passivo, não elaborada de modo a prejudicar o trabalho do fisco.

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

Protocolizado Recurso Voluntário tempestivo, colacionado às fl. 186 a 201, o contribuinte, de plano, suscita a nulidade da infração 1, aduzindo que a indicação da capitulação da acusação fiscal não encontra eco na infração supostamente cometida, haja vista que nenhuma das previsões normativas contidas nos artigos que cita (artigos 686 e 708-A do RICMS), foram devidamente apontada pela fiscalização, lembrando que os autuantes, na Descrição dos Fatos, apenas afirmam que a oro recorrente foi intimada formalmente para corrigir os Arquivos Magnéticos em 19/10/2012 e que, em 31/10/2012 apresentou os arquivos com os mesmos erros encontrados nos arquivos originais.

Além do que apontou acima, também consigna que a fiscalização não deixou claro se estava a aplicar a norma insculpida na alínea “f” ou a na alínea “i” do inciso XIII-A do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, lembrando que na planilha às folhas 1 e 2 consta referência a ambas as normas quando se explicitam os enquadramentos legais e multas aplicadas.

Menciona que a Decisão recorrida manteve tal equívoco, apenas fazendo referência ao fato de que a documentação juntada teria o condão de comprovar a divergência entre arquivos magnéticos e documentos fiscais.

Cita os artigos 3º e 142º, do CTN, além da doutrina, para dizer dos efeitos, nulidade do

lançamento, da inadequada e insuficiente descrição da conduta infracional.

Assevera que a ausência de indicação precisa dos dispositivos legais tido por violados, implica cerceamento do seu direito de defesa, bem como também viola o princípio da legalidade e da tipicidade cerrada.

Conclui que toda a parte da autuação relacionada à infração 1 deve ser cancelada ante a patente nulidade do lançamento, cuja acusação não se coaduna aos fatos, nem ficou claramente demonstrado quais normas legais e regulamentares efetivamente embasam as multas exigidas.

À luz do art. 150, §4º, c.c. art. 156, V, ambos do CTN, também argui a decadência dos fatos geradores ocorridos durante o exercício de 2007. Discorre derredor da matéria, cita a doutrina, e conclui que a considerar que houve antecipação do pagamento do ICMS pelo recorrente ao longo dos meses de abril a novembro de 2007, que o ICMS é tributo sujeito à apuração mensal e que o recorrente apenas foi notificada do lançamento em 19/12/2012, há de ser aplicada a contagem do prazo decadencial nos termos do art. 150, § 4º, do CTN, o que determina a decadência e consequente extinção do crédito tributário relativamente aos meses de abril a novembro de 2007.

Referentemente à Decisão de piso, na qual se afirma que não houve pagamento antecipado o que afastaria a aplicação do art. 150, § 4º, do CTN, afirma que os pagamentos antecipados ocorreram e foram trazidos aos autos em sua impugnação, conforme comprovantes de pagamentos às fls. 110 a 113 – documento 04, o que afasta a presunção de não cumprimento de obrigação principal.

Finaliza este tópico, aduzindo que deverá ser reconhecido que parcela dos créditos tributários relativos ao período anterior a dezembro de 2007 encontram-se extintos pela decadência do direito do Fisco de constituí-los.

Tratando da inexistência de imposto devido e da aplicação do artigo 158 do RPAF/BA, diz que a infração em discussão diz respeito exclusivamente a inconsistências de informações apresentadas nos arquivos magnéticos entregues ao Fisco, não havendo qualquer falta de pagamento do ICMS, o que no seu entender autoriza a aplicação do art. 158, retro mencionado.

Transcreve o art. 158 do RPAF/Ba, diz que não há qualquer alegação de que a infração teria sido praticada com dolo, fraude ou simulação e afirma que inexistente prejuízo à Fazenda Pública Baiana, haja vista que não houve cobrança de ICMS no tocante a tal parte da autuação, restando atendidos os requisitos da norma.

Aduz que no caso em tela, em razão de inconsistências entre documentos fiscais apresentados pela próprio recorrente, o Estado estaria presumindo que não houve pagamento, entretanto, afirma que o ICMS foi efetivamente recolhido, o que afasta “... a validade de nova cobrança do principal e acréscimos”.

Reputa como “... falha a argumentação do r. Acórdão recorrido de que, havendo falhas nas informações, ‘é evidente o prejuízo ao Tesouro Estadual’”. Reitera que não houve prejuízo ao Erário, mas apenas falha procedimental. Nessa esteira, mencionando o § 1º do art. 113 do CTN, que diz que a obrigação tributária principal é aquela que surge com a ocorrência do fato gerador e tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente, o que se aplica perfeitamente ao caso dos autos, em que houve o pagamento do tributo, no prazo legal, extinguindo a obrigação principal – como reconhece o próprio Auto, ao indicar o crédito.

Comenta a respeito da obrigação acessória, e diz que o Auto de Infração baseia suas conclusões e cobranças apenas nas inconsistências encontradas em documentos.

Ressalta que a aplicação do art. 158 do RPAF/BA revela-se um **poder-dever** do Administrador, o que significa dizer que uma vez verificadas as previsões contidas na norma, é de rigor a sua observância, pois, do contrário, os contribuintes “... ficariam ao alvedrio dos interesses subjetivos de cada julgador, o que atenta contra os princípios da moralidade e da impessoalidade que norteiam a atuação da Administração Pública em todos os níveis, conforme dispõe o artigo 37 da Constituição Federal”. Registra que a Decisão recorrida “... não apresenta

qualquer justificativa para não aplicar o art. 158 ou qualquer esclarecimento quanto aos casos em que este deveria ser aplicado”.

Conclui que é imperioso o cancelamento da autuação ou, quando menos, com fundamento no art. 158, do RPAF/Ba, deve ser reduzido seu montante.

Por derradeiro, pede que seja declarada a nulidade da Infração 1, a decadência dos fatos geradores ocorridos no período anterior a dezembro de 2007, em razão do disposto no art. 150, §4º, do CTN, e a aplicação do disposto no art. 158, do RPAF/Ba, para cancelamento do lançamento quanto à Infração 1.

Protesta pela juntada posterior de outros documentos, bem como pela realização de prova pericial nos arquivos magnéticos relativos ao estoque do recorrente, de modo a demonstrar a ausência de omissão de saídas tributáveis.

Requer que todas as intimações e publicações relativas ao presente processo sejam feitas exclusivamente em nome do seu Patrono.

Em Parecer da lavra da Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa, Procuradora da PGE/Profis, à fl. 212/213, está consignado que as alegações recursais não merecem acolhimento.

A exigência fiscal é relativa a descumprimento de obrigação acessória, pelo que a contagem do prazo decadencial deve ser feita na forma prevista no art. 173, I do CTN, o que afasta a preliminar de decadência de parte do lançamento. Transcreve ementa do REsp 105554/SC.

Afirma que enquadramento da infração está correto, e que o cometimento está baseado nos arquivos magnéticos apresentados, e que apresenta dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais.

Entende que os fatos estão perfeitamente descritos no corpo da autuação, e que os papéis de trabalho esclarecem o que está sendo imputado ao contribuinte.

Opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO (Vencido quanto à decadência e à redução de multa)

Trata o presente de Recurso Voluntário, tempestivo, interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 2ª JFJ deste CONSEF, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do imposto exigido no presente Auto de Infração.

Cinge-se o Recurso Voluntário a combater a Decisão que julgou procedente a infração 1 da peça acusatória, e cuja acusação é de haver a oro recorrente fornecido informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação e requeridos mediante intimação, com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes.

O pleito recursal suscita a nulidade da infração em razão da dubiedade de fundamento no enquadramento da suposta infração, aí entendido que não há nos autos como se determinar se a capitulação da multa está incursa na alínea “f” ou “i” do inciso XIII-A, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, além de afirmar que a indicação da capitulação da acusação fiscal não encontra eco na infração supostamente cometida, haja vista que nenhuma das previsões normativas contidas nos artigos 686 e 708-A do RICMS, foram claramente apontadas.

Ainda dentre os seus pleitos, pede que seja declarada a decadência das ocorrências anteriores a 19/12/2007, considerando que foi notificada do Auto de Infração em 19/12/2012.

Por derradeiro, invoca o art. 158, do RPAF/BA, com o fim de que seja excluída ou reduzida a multa em apreço.

Quanto à nulidade da infração, começando pela construção do lançamento por via do Auto de Infração, há que se registrar que com fundamento no Regulamento de Processo Administrativo Fiscal da Bahia – Decreto nº 7.629/99, sobretudo o art. 39, não remanescem dúvidas quanto ao fato

de que estão presentes todos os requisitos necessários à lavratura do presente Auto de Infração. Observo também que não há nos autos quaisquer elementos que indiquem a existência de erro quanto à determinação do infrator e quanto à capitulação da infração, restando suficientes os elementos presentes aos autos para se determinar, com segurança, a infração e o infrator. Devo registrar, por oportuno, que não se vislumbra qualquer dúvida quanto ao enquadramento da conduta do sujeito passivo ao fato típico especificado na legislação, também merecendo registro que os demonstrativos elaborados pelo fiscal e devidamente levado ao conhecimento do Sujeito Passivo, contemplam e fundamentam as acusações fiscais contidas na peça acusatória.

Quanto a eventuais ofensas aos princípios do devido processo legal e da ampla defesa, verifico que todos os passos processuais foram rigorosamente seguidos, sobretudo aqueles atinentes às intimações feitas ao recorrente, de maneira que lhe foi garantido, em todas as fases processuais, o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, restando respeitados os incisos LIV e LV do art. 5º, da Carta Magna, merecendo registro que os papéis de trabalho (demonstrativos) amiúdam os detalhes que se prestam a dar esteio às acusações fiscais embasadas em informações prestadas pela próprio recorrente.

Analizando especificamente a preliminar de nulidade suscitada em relação à falta de clareza na capitulação da infração, vejo que não tem qualquer fundamento. No contexto dos fatos, convém transcrever a acusação fiscal que diz, textualmente:

***Infração 01** - Forneceu informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requeridos mediante intimação, com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, ficando o valor da multa limitado a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações divergentes. Multa no valor de R\$87.518,71.*

Também convém transcrever o texto da norma insculpida no art. 42, XIII-A, “f” e “i”, da Lei nº 7.014/96, como segue:

***Art. 42.** Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:*

***XIII-A** - nas infrações relacionadas com a entrega de informações em arquivo eletrônico e com o uso de equipamento de controle fiscal ou de sistema eletrônico de processamento de dados:*

(...)

f)** 5% (cinco por cento) do valor das operações de entradas e saídas de mercadorias, bem como das prestações de serviços tomadas e realizadas, omitidas de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, ou neles informadas com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, não podendo ser superior a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período; **(Redação dada pela Lei nº 9.430, de 10/02/05, DOE de 11/02/05, efeitos de 11/02/05 a 27/11/07)

(...)

***i)** 5% (cinco por cento) do valor das entradas e saídas de mercadorias, bem como das prestações de serviços tomadas e realizadas, omitidas de arquivos eletrônicos exigidos na legislação tributária, ou neles informadas com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, não podendo ser superior a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas ou sobre o valor das divergências, conforme o caso;*

Da leitura do texto da Lei, confrontado com a acusação fiscal, não há como haver confusão que possa, eventualmente, suscitar a nulidade do lançamento. O fato é que em apertada síntese, a linha “f” do dispositivo legal – aplicada a norma no tempo dos fatos – ocorrências até 30/10/2007 – cuida da aplicação da multa de 5% do valor das operações de entradas e saídas de mercadorias, omitidas de arquivos magnéticos, ou neles **informadas com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes**, o que se coaduna com os fatos ensejadores da autuação. (grifo do Relator)

A alínea “i”, sem sombra de dúvidas, expressa a norma que também consubstancia a acusação fiscal, pois, determina a exigência de 5% do valor das entradas e saídas de mercadorias, bem das prestações de serviços tomadas e realizadas, **omitidas de arquivos eletrônicos exigidos na legislação tributária, ou neles informadas com dados divergentes dos constantes nos**

documentos fiscais, limitada a 1% do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período – multa calculada sobre o valor das operações ou prestações omitidas ou **sobre o valor das divergências**.

Ora, o cotejamento da norma com a acusação fiscal, como exposto, fulmina qualquer intenção de tornar nulo o lançamento com o fundamento de que não há clareza na determinação da capitulação da acusação fiscal, restando, pois, absolutamente íntegra a infração, tudo nos moldes e ditames do art. 39 do RPAF/Ba.

Ainda com relação ao fato tipificado na norma insculpida nos artigos 686 e 708-A do RICMS, vejo que nenhuma razão assiste à recorrente. É que à luz do quanto trazido pela norma, não há como se inferir, com base nos elementos dos autos, que o recorrente não tenha sido regularmente intimada para proceder às correções, merecendo registro que os prazo de 30 dias foi rigorosamente respeitado, bem como foram atendidos os comandos contidos no art. 708-B do RICMS/BA, no que concerne à clara indicação de quais irregularidades foram encontradas nos arquivos magnéticos objeto da autuação, e o que deveria ter sido corrigido pela ora recorrente.

Pelo exposto, afasto a preliminar de nulidade.

Quanto à decadência suscitada pela ora recorrente, entendo que lhe assiste razão.

A matéria, no seio deste CONSEF não é pacificada e levou à busca de opinativo da PGE/PROFIS, cujo Parecer foi coligido a diversos PAF's, ainda merecendo discussão, o que passo a fazer para consubstanciar o meu voto derredor da matéria.

Nessa esteira, entendo que devo me manifestar a respeito do Parecer exarado pelo ilustre Procurador Geral do Estado da Bahia, Dr. Rui Moraes Cruz, cuidando da decadência do lançamento tributário.

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”.

Entendo, em uma análise rápida e rasa, que a aplicação do COTEB para fins de estabelecimento do início da contagem do prazo decadencial viaja em rota de colisão com o quanto disposto no CTN e com o quanto estabelecido pela Súmula Vinculante nº 08 editada pelo STF. Da leitura dos votos que embasaram e desvendam a questão por trás do breve texto da Súmula Vinculante nº 08 (RE's 559943-4, 559882-9, 560626-1, 556664-1, dentre outros), percebe-se que o STF concluiu que a prescrição e decadência só poderiam ser disciplinados por lei complementar, vez que a matéria envolve institutos gerais do direito tributário.

Nessa mesma esteira, me parece claro que, em nome da equidade e da segurança jurídica, a determinação do Supremo Tribunal Federal por via da Súmula Vinculante nº 08, é no sentido de que somente o CTN poderá prever prazos prescricionais e decadências em torno de matéria tributária, e desse modo, a princípio, não poderia o COTEB tratar da matéria em questão.

Nesse contexto, me permito lembrar 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.

Por outra banda, a afirmativa do preclaro Procurador Geral do Estado de que “... *deve o presente expediente retornar à PROFIS para que seja elaborada minuta de projeto de lei alterando a regra prevista pelo art. 107-B, § 5º do COTEB, com o propósito de afastar a divergência de prazos estabelecidos entre a legislação estadual e as normas gerais constantes do CTN*”, salvo melhor inteligência, indica com grande clareza e veemência a necessidade de alinhamento da legislação estadual com o CTN, o que robustece a minha tese de que o prazo decadencial deve ser aquele estabelecido pelo Código Tributário Nacional e corroborado pela Súmula Vinculante nº 08, ou seja, cinco anos, contados a partir da ocorrência do fato gerador.

Diante do exposto, pelos motivos acima alinhavados, entendo que as operações ocorridas anteriormente a 20/12/2007, não mais poderão ser exigidas pelo fisco da Bahia, porquanto, no meu entendimento, alcançada pela decadência.

Pelo exposto, voto no sentido de ACOLHER a preliminar de decadência que abarca as operações anteriores a 20/12/2007.

Superada a preliminar de decadência por maioria de votos, passo à análise da aplicação do disposto no art. 158, do RPAF/Ba.

Por tudo o quanto exposto acima, é fato incontroverso que a infração foi cometida, ou seja, os arquivos magnéticos reclamados pelo fisco não foram entregues ou foram entregues de maneira incompleta, aí entendido que foram observadas divergências entre os dados constantes dos arquivos magnéticos e os dados constantes nos documentos fiscais. Contudo, além de não haver nos autos indicação de que a conduta do Sujeito Passivo teria ensejado prejuízo ao trabalho do Fisco ou mesmo que o imposto correspondente não foi devidamente recolhido pelo Sujeito Passivo, há que se buscar a legislação para que se possa construir juízo de valor derredor da matéria.

Por primeiro convém trazer à baila o texto da norma que impõe ao Sujeito Passivo a multa, como no caso em tela, como segue:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

(...)

XIII-A - nas infrações relacionadas com a entrega de informações em arquivo eletrônico e com o uso de equipamento de controle fiscal ou de sistema eletrônico de processamento de dados:

(...)

f) 5% (cinco por cento) do valor das operações de entradas e saídas de mercadorias, bem como das prestações de serviços tomadas e realizadas, omitidas de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, ou neles informadas com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, não podendo ser superior a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período; (Redação dada pela Lei nº 9.430, de 10/02/05, DOE de 11/02/05, efeitos de 11/02/05 a 27/11/07)

(...)

i) 5% (cinco por cento) do valor das entradas e saídas de mercadorias, bem como das prestações de serviços tomadas e realizadas, omitidas de arquivos eletrônicos exigidos na legislação tributária, ou neles informadas com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, não podendo ser superior a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas ou sobre o valor das divergências, conforme o caso;

De plano, apenas da leitura do texto da norma se verifica a desproporção da punição em razão da falta cometida pelo Sujeito Passivo. Fácil, verificar que mesmo que o Sujeito Passivo tenha recolhido o imposto, a simples falta da remessa dos arquivos magnéticos lhe impõe uma multa de 5% do valor total das divergências derivadas do desencontro dos dados informados nos arquivos magnéticos e os dados contidos nos documentos fiscais.

Não por outro motivo, o, legislador introduziu no mesmo diploma legal a possibilidade de o julgador administrativo reduzir ou extirpar a multa como a do caso em tela, verificadas as circunstâncias do fato e do próprio prejuízo efetivamente imposto ao erário, se efetivamente ocorrido. Assim diz a norma:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

(...)

§ 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.

O texto da norma é cristalino e fiel a preceitos constitucionais. Diz primeiramente da negativa do benefício da redução ou cancelamento da multa deve estar vinculada à comprovação de que a infração tenha sido cometida com fraude, dolo ou simulação, e que tenha se verificado a falta de

recolhimento do imposto.

À luz dos fólios processuais, definitivamente não há qualquer indicio de que o Sujeito Passivo tenha agido de maneira fraudulenta, dolosa ou simulada, nem mesmo há comprovação de que o Sujeito Passivo deixou de recolher o imposto devido, ainda que tenha deixado de enviar os arquivos magnéticos à SEFAZ.

Ora, se há um fato típico, haverá que se apenar o infrator, contudo, há que se trazer à análise dos fatos as circunstâncias que o envolvem, sobretudo porque no caso vertente, em se tratando de descumprimento de obrigação acessória que implica em valor por demais elevado, não se pode deixar de aplicar a regra insculpida no § 7º do art. 42, da Lei nº 7.014/96, pois, em que pese ter havido certo embaraço à fiscalização, não se verifica prejuízo ao erário como quer fazer crer o autuante, o que se constata pelo fato de apenas haver imputação por descumprimento de obrigação acessória, e não principal, ou seja, não se exige imposto, ou seja, facilmente se verifica que a Conduta típica não representou qualquer prejuízo ao erário, nem mesmo provocou qualquer possibilidade de fraude quando do cometimento da infração, nem em momento futuro, implicando dizer, à luz do contexto dos fatos, que a aplicação da multa em voga é desproporcional e irrazoável.

Tenho me posicionado no sentido de que as multas com o caráter acima descrito são excessivamente altas e fogem à intenção do legislador, pois, abandonam o caráter educativo adotando contornos de desproporcionalidade, confisco, e até de enriquecimento sem causa por parte do Estado. Não por menos, com permissivo legal contido no art. 42, § 7º, da Lei 7.014/96 e do art. 158 do RPAF/BA, tenho, em casos análogos, reduzido a multa aplicada.

O referido art. 158, que repete os termos da Lei nº 7.014/96, diz que “*as multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF, desde que fique provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo*”, ou seja, a norma invoca princípios constitucionais e de direito, referindo-se à necessidade de se fazer prova, naturalmente que por parte de quem acusa – o Fisco –, de que a conduta infracional foi dolosa, fraudulenta ou simulada, respeitando o princípio que determina que a inocência e a boa-fé, por motivos óbvios, são presumidas, exigindo prova em contrário.

Assim, ainda que reste absolutamente demonstrado o cometimento da infração, como é o caso, à luz dos fólios deste PAF, entendo que não resta caracterizada a conduta dolosa, fraudulenta ou simulada por parte do recorrente. Ademais, considerando, por princípio fundamental de direito, que a boa-fé é presumida, teria o fisco que demonstrar que a conduta do sujeito passivo foi deliberada, para o que não há prova nos autos, pois, a contrário senso, o que restou provado é que houve boa-fé por parte do recorrente quando procedeu ao recolhimento do imposto devido.

Por tudo isso, pela prerrogativa dada a este julgador, reduzo a multa aplicada para 10% do valor julgado, remanescendo a exigência da infração 1 em R\$8.751,87.

Nesses termos, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para reduzir a multa da infração 1 a 10% do valor original, o que perfaz a importância de R\$8.751,87.

VOTO VENCEDOR (Quanto à Decadência e à redução de multa)

Em que pese o voto proferido pelo Relator, entendo que não se vislumbra a decadência suscitada pelo sujeito passivo, diante da regra disposta no inciso I do artigo 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 repetida no artigo 107-B do Código Tributário Estadual (COTEB), aprovado pela Lei nº 3.956/81, abaixo transcrito, ao qual não cabe a este órgão julgador negar vigência, nos termos do artigo 167 do RPAF/BA:

“**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 não originais)

Por outro lado, a Súmula Vinculante nº 8 do Supremo Tribunal Federal - aprovada na sessão plenária de 12/06/2008 e publicada no DOU de 20/06/2008 – 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.”

Enquanto não houver o pronunciamento específico do citado Tribunal, há que se entender que a referida Súmula não se aplica ao ICMS, embora ressalte que a questão deverá ser aprofundada no âmbito da Administração Tributária Estadual, diante:

1. da posição externada pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional – PGFN – que, por meio do Parecer nº 1617/2008, proferido após a edição da Súmula Vinculante nº 8 e em vista desta, expressamente adotou entendimento quanto à fixação do termo *a quo* do prazo decadencial comungando com o apresentado pelo recorrente;
2. do entendimento em sentido idêntico também adotado pela Procuradoria Estadual do Rio de Janeiro, mediante o Parecer CFS nº 02/2008;
3. do despacho exarado pelo Procurador Geral do Estado da Bahia, datado de 03/11/11, em resposta a Consulta por mim formulada, quando titular do cargo de Presidente deste Conselho de Fazenda Estadual, manifestando-se pela necessidade de elaboração de “*minuta de projeto de lei alterando a regra prevista pelo art. 107-B, § 5º, do COTEB, com o propósito de afastar a divergência de prazos estabelecidos entre a legislação estadual e as normas gerais constantes do CTN.*”

Também merece registro o voto proferido pelo Conselheiro Fábio de Andrade Moura, no Acórdão CJF nº 0268-11/08, especificamente a decadência em caso de descumprimento de obrigação acessória – situação presente neste PAF:

Consoante relatado, o contribuinte suscitou a decadência do direito do Fisco de exigir multa por descumprimento de obrigação acessória, ao argumento de que a regra aplicável ao caso em comento é aquela constante do art. 150, §4º, do CTN, que fixa o termo a quo do prazo decadencial como o dia da ocorrência do fato gerador. Nessa linha, aduz que o fato gerador da multa ocorreu em janeiro de 2002, sendo que na data da autuação, 25/09/2007, já havia sido ultrapassado o quinquênio legal.

A PGE/PROFIS, de seu turno, sustenta que deve ser aplicada à espécie a regra contida no art. 173, I, do CTN, porquanto, no seu entendimento, não se está diante da cobrança de tributo, não havendo falar-se em pagamento antecipado, nem em homologação tácita ao crédito exigido. Aduz, ademais, que, mesmo se fosse aplicável à espécie o art. 150, §4º, do Diploma de regência, o direito do Fisco não teria sido tragado pela decadência, pois esse dispositivo admite que lei fixe o prazo de homologação do tributo, rendendo ensejo, destarte, à incidência do art. 28, §1º, do COTEB.

Com a devida licença, tenho que nenhum dos dois posicionamentos está inteiramente correto.

De fato, a presente autuação trata da imposição de multa por descumprimento de obrigação acessória. O direito do Fisco de impor penalidade ao contribuinte decorre, portanto, de um liame sancionatório, ou seja, da prévia prática de um ato ilícito por parte do infrator consistente na inobservância de um dever imposto por lei. É o que se extrai do §2º, do art. 113, do CTN: “A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos”.

Logo, não se pode confundir, jamais, o regime jurídico dos tributos com o regime jurídico das penalidades, valendo esclarecer que, nos termos do art. 3º, do CTN, o tributo deve decorrer, necessariamente, de uma atividade lícita, o que, como visto, não se coaduna com a regra de imposição de penalidade por descumprimento de obrigação acessória.

Diante destas considerações preliminares, pode-se perceber, sem maior esforço, que nenhuma das duas regras invocadas nestes autos pode ser aplicável às multas por descumprimento de obrigação acessória, tendo em vista

que ambas visam a estipular prazos decadenciais para lançamento de tributo, fazendo expressa menção à ocorrência de fato gerador, à homologação do pagamento realizado pelo contribuinte quanto ao tributo devido e à constituição e extinção do crédito tributário, institutos diretamente ligados à obrigação tributária principal, consoante se observa da transcrição a seguir:

“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;

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”.

Quando se trata de obrigação acessória ou dever instrumental, não se pode falar propriamente em fato gerador ou lançamento, muito menos em constituição e extinção de crédito tributário. Tanto é assim que muitos Estados, afetos a um maior rigorismo técnico, denominam as autuações de “Autos de Infração e Imposição de Multa”, para deixar bem clara a distinção existente entre a apuração de infrações tributárias, da qual decorrerá a cobrança do tributo devido e não pago, e a imposição de multa por falta no cumprimento do dever instrumental.

Deve-se registrar que a norma constante do §3º, do art. 113, do CTN, ao dispor que “a obrigação acessória, pelo fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária”, quis apenas submeter o crédito pecuniário oriundo da aplicação da multa ao mesmo regime de cobrança das execuções fiscais, por ser mais benéfico à Fazenda Pública, como, aliás, já sedimentaram a doutrina e a jurisprudência pátrias. Tal norma não igualou os conceitos de multa e de tributo, até mesmo porque são totalmente divergentes, tratando-se, repita-se, de institutos submetidos a regimes jurídicos distintos. Exemplo disso é a possibilidade de redução da penalidade por critérios de justiça ou mesmo a anistia de débitos fiscais decorrentes de multa, o que não se pode admitir com relação aos tributos.

Enfim, fica claro que a multa não se submete aos prazos decadenciais fixados para os tributos. Mas tal conclusão não é suficiente. É necessário saber se há um prazo para o Fisco impor penalidades por descumprimento de obrigação acessória e que prazo será este. A resposta para tais questionamentos deve partir de uma premissa bastante simples: só há descumprimento a uma norma jurídica enquanto se pode exigir do seu destinatário que a cumpra; ou seja, se o Estado não puder mais exigir do contribuinte a prática de determinada conduta não poderá, por conseguinte, impor a multa em virtude do descumprimento.

No caso em análise, o autuante aplicou à recorrente multa de R\$ 348,88 pela falta de entrega regular do registro 74 do seu arquivo magnético relativo ao primeiro mês do exercício de 2002. O art. 686, do RICMS, impõe a guarda de tais informações “pelo prazo decadencial” do tributo, que no caso é o ICMS.

Assim, diante da divisão feita pela doutrina e pela jurisprudência pátrias, acerca da aplicação do prazo do art. 150, §4º, quando há tributo recolhido, ainda que em parte, e do art. 173, I, quando nenhum tributo foi pago, é forçoso concluir que o Fisco ainda poderia exigir do contribuinte o cumprimento do dever instrumental constante do art. 686, do RICMS, até mesmo porque não se sabe, quanto às operações omitidas, se houve ou não recolhimento do imposto, ainda que parcialmente.

Em outras palavras, é possível, pelo menos em tese, que houvesse imposto devido e não pago pelo contribuinte, o que daria ao Fisco o direito de lançar de ofício o ICMS, submetendo-se à regra do art. 173, I, do CTN, que firma o termo a quo do prazo decadencial para lançamento como o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que poderia ter sido lançado o tributo.

*Diante de tais considerações, entendo que não houve a decadência vislumbrada pelo contribuinte.
(...)*

Deixo de acolher, portanto, a preliminar de decadência suscitada pelo recorrente.

No mérito, concordo com o voto proferido, de que se encontra caracterizada a irregularidade tributária apontada no lançamento de ofício.

Discordo, entretanto, quanto à redução da multa cominada, tendo em vista que, a meu ver, não se encontram nos autos elementos que me levem a aplicar a faculdade prevista no § 7º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, uma vez que não é possível afirmar que a falta de entrega dos arquivos magnéticos não implicou falta de recolhimento do tributo.

Aliás, o descumprimento da obrigação tributária, devido ao enorme movimento de operações de entradas e saídas de mercadorias, promovido pelo recorrente, impediu a fiscalização de aplicar os roteiros que seriam necessários à aferição da regularidade no recolhimento do tributo por parte da empresa.

Merece registro, ainda, o fato de se tratar de um grande grupo econômico e que o contribuinte demonstrou, em nenhum momento, interesse em retificar os equívocos apontados na intimação expedida pelos autuantes.

Sendo assim, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado, mantendo íntegra a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206900.0077/12-5**, lavrado contra **C&A MODAS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$20.881,26**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$87.518,71**, prevista no incisos XIII-A, “i”, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9.837/05, devendo ser homologando os valores efetivamente recolhidos.

VOTO VENCEDOR - Conselheiros(as): Denise Mara Andrade Barbosa, Mônica Maria Roters e Carlos Fábio Cabral Ferreira.

VOTO VENCIDO - Conselheiros: José Antonio Marques Ribeiro, Daniel Ribeiro Silva e Rodrigo Lauande Pimentel.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de março de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR/VOTO VENCIDO

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA -VOTO VENCEDOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS