

PROCESSO - A. I. Nº 210365.0004/12-6
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e FRIGORÍFICO E TRANSPORTADORA UBATÃ LTDA. (FRIGOR SUL)
RECORRIDOS - FRIGORÍFICO E TRANSPORTADORA UBATÃ LTDA. (FRIGOR SUL) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0115-03/14
ORIGEM - INFRAZ JEQUIÉ
INTERNET - 10.12.2014

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 0369-12/14

EMENTA: ICMS. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO QUANDO REGULARMENTE INTIMADO. A autuação, em relação ao período em que ocorreu a não apresentação dos arquivos magnéticos no prazo de 5 (cinco) dias concedido mediante intimação, encontra respaldo no art. 708-B do RICMS/97 e no art. 42, inciso XIII-A, alínea "j" da Lei nº 7.014/96. Não acolhidas as arguições de decadência e de nulidade, bem como, a proposição pelo relator, de ofício, de representação à Câmara Superior à luz do Art. 168 do RPAF/BA. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria. Reduzida a penalidade ao patamar de 20% do valor aplicado originalmente. Recurso de Ofício NÃO PROVIDO. Decisão unânime. Recurso Voluntário PROVIDO. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos Voluntário e de Ofício em relação à Decisão proferida pela 3ª JJF – Junta de Julgamento Fiscal em 21/05/2014 que julgou, por unanimidade, Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 28/09/2012, com o objetivo de exigir do ora recorrente crédito tributário, no valor histórico de R\$ 1.663.987,25 (um milhão seiscentos e sessenta e três mil novecentos e oitenta e sete reais e vinte e cinco centavos) em decorrência do cometimento de 04 (quatro) infrações, das quais é objeto dos presentes Recursos tão somente a Infração 1.

Infração 01. RV e RO – Deixou de fornecer arquivo magnético exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, sendo aplicada multa de 1% sobre o valor das saídas do estabelecimento, no período de janeiro de 2007 a dezembro de 2011, totalizando R\$1.659.847,25;

O autuado apresentou impugnação ao Auto de Infração (fls.47/51), alegando que as acusações fiscais reportam-se apenas ao descumprimento de obrigações acessórias; que a multa aplicada tem caráter confiscatório; que houve erro no cálculo das infrações.

A autuante apresentou sua informação fiscal (fls.134/139), em que manteve o inteiro teor do lançamento.

Na sessão de julgamento do dia 23 de abril de 2013 (fls.161), o PAF fora convertido em diligência para que o autuante anexasse a intimação do contribuinte ao processo.

Em nova manifestação (fls.164/165), o autuante revelou que a intimação do autuado encontrava-se apenso a outro Auto de Infração além de declarar que apresentou uma nova intimação às fls. 167, datada de 03/07/2013 e requerendo do autuado a apresentação dos mesmos arquivos solicitados na intimação de fl. 10 que consubstanciou o presente lançamento. Após o autuado não apresentou nova defesa.

A infração nº 01 foi julgada Nula conforme acórdão da 2ªJJF de nº 0168-02/13, sendo anulada pela

2ª Câmara de Julgamento Fiscal, em Decisão não unânime, através do acórdão CJF nº 0016-12/14, nos seguintes termos:

VOTO

Analisando, detidamente, todos os elementos que integram os autos deste processo, chego à conclusão que a Decisão recorrida merece ser reformada, ante os fatos que passo a expor.

Na infração 1 foi lançada penalidade por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$1.659.847,25, com a seguinte acusação: "Deixou de fornecer arquivo(s) magnético(s), exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas".

O cálculo da multa está devidamente indicado nos demonstrativos de fls. 11 a 15, por exercício, de 2007 a 2011, e corresponde a 1% do valor das operações de saídas em cada exercício objeto da autuação.

Considero que o deslinde da questão, em relação ao item 1 da autuação, se concentra na análise mais criteriosa da intimação para apresentação de informações em meio magnético, fl. 10, expedida pelos autuantes e recebida pelo sócio proprietário da empresa autuado em 11.07.2012, Sr. Eugenildo Almeida Nunes, a qual está dividida em duas partes, sendo concedido em ambas o prazo de 5 (cinco) dias úteis para apresentar arquivos magnéticos na forma prevista no Convênio ICMS 57/95, de acordo com o abaixo especificado:

1) não apresentação de arquivos magnéticos, no prazo legal, nos meses de: 02/2007 a 11/2008; 06/2009 a 07/2009; 09/2009; 11/2009 a 03/2011; 05/2011 e 08/2011 a 12/2011;

2) apresentação dos arquivos magnéticos com falta dos registros 53, 54, 70, 71, 74 e 75 nos meses de: 01/2007; 12/2008; 01/2009 a 05/2009; 08/2009; 10/2009; 04/2011; 06/2011 e 07/2011.

Portanto, a análise do lançamento de ofício deve ser pautada em duas situações distintas: a primeira, sob a perspectiva da falta de entrega dos arquivos magnéticos, tanto nos prazos regulamentares, quanto após intimação regular neste sentido, enquanto que a segunda, sob a ótica da entrega de arquivos magnéticos, nos prazos regulamentares, porém, com a ausência de diversos registros.

Do exame do voto vencedor proferido pela n. relatora da instância a quo, constatei a existência de alguns equívocos que, a meu ver, repercutiram diretamente em sua conclusão também equivocada.

*De logo, vejo uma flagrante contradição no voto vencedor, na medida em que a i. relatora **rejeitou a preliminar de nulidade arguida pelo autuado**, por entender que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais, não ensejando em qualquer violação do devido processo legal e a ampla defesa, sendo as multas exigidas apuradas e demonstradas consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, entretanto, apesar deste entendimento, aqui destacado, concluiu o seu voto em sentido contrário, verbis: "Desta forma, voto pela nulidade deste item do Auto de Infração, por ter sido praticado com preterição do direito de defesa, em razão da inobservância do devido processo legal, nos termos do art. 18, inciso II, do RPAF/99 ao tempo que recomendo à autoridade competente a renovação do procedimento fiscal, nos termos do art. 21, do citado RPAF-BA".*

Consta do voto vencedor, apesar de ter sido declarada a nulidade da autuação, a análise do mérito da infração 1 e, além disso, a Decisão pela nulidade foi tomada com base em premissa totalmente equivocada, pela menção de que a multa aplicada equivale a 5% do valor das entradas e das saídas de mercadorias omitidas nos arquivos eletrônicos, ou neles informados com dados divergentes dos constantes dos documentos fiscais, limitada a 1% das saídas de mercadorias e prestações de serviços, quando, em verdade, a penalidade aplicada pelos autuantes, em todos os períodos objeto da autuação, corresponde a 1% das operações de saídas, na forma prevista pelo Art. 42, inciso XIII-A, alínea "j", da Lei nº 7.014/96.

Adiante, a n. relatora, ratifica seu entendimento, data vénia, equivocado, quando assim se expressa: "A infração se refere a operações realizadas com mercadorias e 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, conforme está explicitada no dispositivo da multa aplicada, e no caso em análise a acusação é de que ocorreu tanto a omissão de notas fiscais como dados informados com divergência". (grifos nossos)

Sendo assim, resta patente que a linha de raciocínio seguida pela n. relatora resultou em conclusão equivocada, pela nulidade integral da infração 1, apesar de ter indicado que adentrou no exame do mérito, ao realizar apenas uma análise superficial dos termos da intimação de fl. 10, sem atentar para a sua itemização.

*Isso porque, conforme já mencionado acima, o **primeiro item da intimação** se refere à falta de apresentação, após regularmente intimado, de arquivos magnéticos que deixaram de ser apresentados anteriormente nos prazos regulamentares, ou seja, o contribuinte não efetuou a entrega dos arquivos magnéticos e o Fisco o intimou para que os apresentasse, indicando os respectivos períodos. Já o **segundo item da intimação** reporta-se à falta de apresentação dos arquivos magnéticos retificados, que haviam sido entregues pelo contribuinte nas datas regulamentares, porém, com a ausência de vários registros. Portanto, são situações absolutamente*

diferentes que requerem um tratamento também distinto, adequado a cada caso.

Em outras palavras, na primeira hipótese – falta de apresentação, pura e simples, de arquivos magnéticos nos prazos regulamentares -, deve ser aplicada a segunda parte da regra estabelecida no artigo 42, inciso XIII-A, alínea “j”, da Lei nº 7.014/96, abaixo transrito, com a cobrança de 1% do valor das saídas ou das entradas, o que for maior, de mercadorias e prestações de serviços realizadas em cada período de apuração e/ou do valor dos estornos de débitos em cada período de apuração pelo não atendimento de intimação para apresentação do respectivo arquivo:

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:

(...)

j) R\$ 1.380,00 (um mil trezentos e oitenta reais) pela falta de entrega, nos prazos previstos na legislação, de arquivo eletrônico contendo a totalidade das operações de entrada e de saída, das prestações de serviços efetuadas e tomadas, bem como dos estornos de débitos ocorridos em cada período, ou entrega sem o nível de detalhe exigido na legislação, devendo ser aplicada, cumulativamente, multa de 1% (um por cento) do valor das saídas ou das entradas, o que for maior, de mercadorias e prestações de serviços realizadas em cada período de apuração e/ou do valor dos estornos de débitos em cada período de apuração pelo não atendimento de intimação subsequente para apresentação do respectivo arquivo; (grifos nossos)

Nessa situação, está correto o voto divergente da Decisão recorrida, ao entender que o prazo concedido pelos autuantes, de 5 (cinco) dias úteis, para apresentação de arquivos magnéticos não entregues anteriormente nos prazos legais, encontra fundamento no art. 708-B do RICMS/97, que tem a seguinte dicção: “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”.

Entretanto, em relação à segunda hipótese – falta de apresentação, mesmo após solicitados mediante intimação, de arquivos magnéticos já entregues pelo autuante nos prazos regulamentares com a ausência dos Registros 53, 54, 70, 71, 74 e 75 -, efetivamente houve vício formal na concessão do prazo de apenas 5 (cinco) dias úteis, como se verá a seguir.

Ainda que se deva aplicar a mesma penalidade de 1% do valor das saídas ou das entradas, o que for maior, de mercadorias e prestações de serviços realizadas em cada período de apuração, consoante estabelecido na segunda parte da alínea “j” do inciso XIII-A do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, acima reproduzida, o prazo estabelecido na legislação para que o contribuinte cumpra a intimação deve ser de 30 dias e não de 5 dias úteis, como ficou consignado na intimação que embasou a autuação.

É o que dispõem o artigo 708-B, e seus parágrafos, do RICMS/97, adiante reproduzidos:

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.

(...)

§ 2º O atendimento ao explicitado neste artigo não exclui a obrigação de que trata o artigo anterior e vice-versa.

§ 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.

§ 6º 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, estando o contribuinte sujeito à penalidade prevista na alínea “j” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014, de 04/12/96.

Diante de todo o exposto e da análise dos termos contidos na intimação de fl. 10, entendo que não persiste a nulidade integral da infração 1, razão pela qual, voto pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para afastar a nulidade da infração 1 na forma decidida pela instância “a quo”. Em consequência, declaro NULA a Decisão recorrida, devendo os autos retornar à 1ª Instância para que profira nova Decisão.

VOTO DIVERGENTE (Quanto a Nulidade da Infração 1)

Em que pese o embasado voto do n. Relator, peço venia para discordar de seu entendimento quanto a nulidade da infração 1.

Temos em tela um lançamento tributário lastreado na suposta falta de fornecimento de arquivos magnéticos, que foram exigidos mediante intimação. A falha crucial que inquinou de vício insanável o presente Auto de Infração, por desrespeito aos princípios do devido processo legal e do direito de defesa, é a própria intimação de fl. 10, que foi indevidamente usada para alcançar dois fatos distintos.

O artigo 708-B do RICMS, vigente à época dos fatos, prevê dois procedimentos diferentes para cobrar o adimplemento da obrigação acessória de envio dos arquivos magnéticos, estabelecido no art. 708-A do mesmo diploma legal.

O primeiro deles está previsto no caput, abaixo transcrito, verbo ad verbum:

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.

Por esta regra, o contribuinte deverá apresentar no prazo de 5 dias úteis, os arquivos magnéticos originais, referentes a um certo período de tempo, apontado pela fiscalização. Nesta hipótese, o contribuinte pode ter enviado ou não os arquivos para Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, contudo, a fiscalização quer que o processo ao menos se renove.

Já o outro procedimento está previsto nos §§ 3º e 5º do mesmo artigo do Regulamento de ICMS, conforme se lê abaixo:

Art. 708-B.

(...)

§ 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.

Nesta hipótese, o contribuinte é intimado para apresentar novos arquivos magnéticos, no prazo de 30 dias, sem as inconsistências apontadas pela fiscalização, sob pena de multa.

A situação prevista nesta regra é bem diferente.

Primeiro o prazo é muito maior, em razão da necessidade de retificação de vários registros de natureza fiscal e contábil que, em regra, demanda muito mais tempo para ser atendida. Em segundo lugar, fica claro que o contribuinte já enviou todos os arquivos e agora eles serão refeitos devido à aferição de incongruências nas informações fornecidas.

Daí porque o legislador tratou a matéria de formas distintas. São procedimentos dispares, já que são situações inquestionavelmente dessemelhantes. Uma é o puro e simples reenvio dos arquivos originais, outra é o refazimento dos arquivos magnéticos, consoante as análises da fiscalização.

Portanto, a nulidade do lançamento já está na sua gênese.

A intimação de fl. 10 dos autos, não pode ser considerada válida para qualquer dos procedimentos, seja de reenvio e seja de refazimento.

Ao meu ver, considero totalmente viciada a intimação que ao mesmo tempo cobra os arquivos magnéticos de um período a ser fiscalizado e manda que outros, do mesmo período, sejam retificados. Tal metodologia, desrespeita o devido processo legal na sua acepção formal, pois, não está prevista na norma tributária de regência, como também ataca frontalmente o direito de defesa do contribuinte, uma vez que levanta dúvida se retifica os arquivos ou então os reenvia do jeito que se encontram.

Assim, andou bem a maioria dos julgadores de piso que anularam totalmente a infração 01, uma vez que o vício de intimação abrange a infração como um todo, e não em parte, como entendeu o voto divergente e agora prevalecente, pois, os procedimentos são distintos e as infrações são baseadas em fatos geradores diferentes. O correto seria que o lançamento ocorresse por meio de duas infrações, baseadas em duas intimações, cada uma originada pelo respectivo desrespeito à norma de regência, ou seja, uma pela falta de envio e outra pela falta de reenvio sem inconsistências ou divergências dos arquivos SÍNTEGRA, calculando-se, então, as multas cabíveis em parâmetros diferentes.

Por seu turno, igualmente não se pode invocar o argumento de que a empresa tem considerável porte ou que conseguiu compreender a infração e se defender, pois, antes disso, o Estado, ente muito maior, não observou corretamente as normas postas para cobrar a obrigação acessória, supostamente não realizada pelo contribuinte, indo de encontro ao estabelecido em lei.

Além disso, julgo importante mencionar que não houve por parte da fiscalização, a juntada de uma suposta intimação realizada, com o prazo de 30 dias para apresentação dos arquivos retificados, como afirmou um dos autuantes, em plena sessão de julgamento do dia 23 de abril de 2013.

Pelo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recuso de Ofício, mantendo inalterada a Decisão de piso.

Após retorno dos autos para novo julgamento, a instrução foi concluída e os autos remetidos à apreciação pela 3^a JJF que entendeu por bem, julgar, por unanimidade, Procedente em Parte o Auto de Infração em lide, determinando que o autuado fosse intimado para efetuar o pagamento da multa no valor de R\$1.276.643,09, prevista nos inciso XIII-A, alínea “j” e XX do art. 42 da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, o que fez nos seguintes termos:

VOTO

O Auto de Infração em lide refere-se a quatro infrações referentes a multas pelo descumprimento de obrigações acessórias.

Impende registrar que este PAF teve o item 01 julgado NULO conforme Acórdão 2^a JJF nº 0168-02/13, tendo em Recurso de Ofício, a 2^a Câmara de Julgamento Fiscal através do Acórdão CJF nº 0016-12/14, reformado a Decisão de Primeira Instância, em Decisão Não Unânime, não acatando a nulidade do item 01 do Auto de Infração, que passo então, a apreciar.

Na assentada de julgamento, o patrono do autuado, em sustentação oral, alegou que na infração 01, as ocorrências de janeiro a julho de 2007 estariam fulminadas pela decadência, visto que foi intimado em 11.07.2012, para cumprir obrigações acessórias (apresentação de arquivos magnéticos nos padrões previstos na legislação) que deveriam ter sido cumpridas há mais de cinco anos.

As disposições do artigo 173, I, do CTN, que são as mesmas previstas no art. 107-A, I, do Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB (Lei 3.956/81) e no art. 965, inciso I, do RICMS/97, prevêem que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco anos), contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

No caso em análise, trata-se de constituição de crédito tributário, através de aplicação de penalidade pelo não cumprimento da obrigação acessória, entendo que também deve obedecer ao disciplinado no artigo 173 do CTN, uma vez que é o único dispositivo que trata de decadência do direito do Fisco constituir seu crédito.

Impõe-se ao sujeito passivo tributário, apresentar na época própria, os dados contendo a movimentação comercial da empresa e os arquivos magnéticos nos padrões exigidos pela legislação específica, referentemente a suas operações. A obrigação acessória, pelo simples fato de sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária (CTN art. 113, § 3º). Logo, em face da não apresentação de livros e documentos fiscais exigidos pela Autoridade Fazendária em procedimento fiscal, não deve ser afetada pela decadência dos créditos tributários lançados pela fiscalização.

Assim, como o contribuinte tomou ciência do Auto de Infração em 28 de setembro de 2012, portanto, dentro do prazo de 05 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, não há que se falar em decadência do direito de a Fazenda Pública aplicar multa pelo descumprimento daquelas obrigações acessórias, conforme arguido pelo impugnante. Diante do exposto, não acolho a arguição de decadência destes lançamentos.

O defensor alegou que a multa aplicada deve ser reduzida ou cancelada, pois preencheria os requisitos delineados na regra do § 7º do artigo 42 da Lei 7.014/96 que instituiu o ICMS do Estado da Bahia, e nesse mesmo sentido, o disposto no artigo 158 do RPAF-BA. Disse que 90% dos produtos por ela comercializados são isentos ou estão enquadrados no regime de substituição tributária, fato que por si, ensejaria a redução da multa aplicada.

O § 7º do artigo 42 da Lei 7.014/96, dispositivo invocado pelo autuado, assim dispõe:

(...)

§ 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 contribuinte não trouxe aos autos os elementos necessários a comprovar de forma inequívoca a regularidade

de suas operações, com os respectivos recolhimentos do imposto acaso devido, visto que, nem mesmo quando na fase de fiscalização, os livros, documentos fiscais e arquivos magnéticos foram apresentados, motivo pelo qual, saliente-se, resultou na presente autuação. Não existe prova nos autos de que, caso efetivamente, cerca de 90% das mercadorias comercializadas, fosse isentas ou estivesse enquadradas no regime de substituição, a regularidade do efetivo recolhimento do ICMS dos 10% restantes. Não acolho, portanto, a pretensão do autuado.

Nas razões defensivas, ainda como preliminar de nulidade, o sujeito passivo alegou que a infração 01, apresenta algumas incorreções, no levantamento da base de cálculo para aplicação da multa, mesmo com a utilização das informações prestadas pelo autuado nas DMAs.

Da análise dos elementos que compõem o PAF, constato que o sujeito passivo não disponibilizou os livros e documentos necessários aos trabalhos da fiscalização. Conforme explicaram os autuantes, a empresa foi sucessivamente intimada a apresentar livros, documentos e arquivos magnéticos e se omitiu. Informaram que os valores apurados não tiveram como base exclusivamente, as DMAs transmitidas, pois as mesmas não reproduziam a inteira realidade dos fatos. Afirmaram que para comprovar as ocorrências não informadas nas DMAs, na elaboração do levantamento fiscal também utilizaram como lastro o livro Razão (fls. 11 a 41). Concluo, portanto, pelo acerto da autuação não se verificando qualquer incorreção na apuração da base de cálculo.

No mérito, a infração 01 refere-se à multa pelo não fornecimento de arquivo magnético exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas equivalentes a 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, limitada a 1% das saídas de mercadorias e prestações de serviços. Vejo que o lançamento fiscal trata da ocorrência prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea "j" da Lei nº 7.014/96.

Sobre esta autuação e de acordo com a legislação do ICMS, a qual recepcionou o disposto no Convênio ICMS 57/95 e suas alterações posteriores, o contribuinte usuário de sistema eletrônico de processamento de dados é obrigado a apresentar, quando solicitado, a documentação minuciosa, completa e atualizada do sistema, contendo descrição, gabarito de registro ("layout) dos arquivos, listagem dos programas e as alterações ocorridas no exercício de apuração, relativamente à totalidade das operações de entradas e de saídas de mercadorias ou das prestações realizadas (art. 685, combinado com os arts. 708-A e 708-B, do RICMS/97).

O art. 708-B estabelece que: "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". O arquivo magnético deverá ser entregue 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.

No caso em comento, a autuação está precedida da intimação fl.10 expedida dia 11.07.2012 concedendo prazo de 05 (cinco) dias, solicitando a apresentação de arquivo de informações em meio magnético contendo os registros 53, 54, 70, 71, 74 e 75 e a apresentação de arquivos meses 02/2007 a 11/2008, 06 e 07 de 2009, 11/2009 a 03/2011.

A infração se refere a operações realizadas com mercadorias e 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, conforme está explicitada no dispositivo da multa aplicada, e no caso em análise, a acusação é de que ocorreu tanto a omissão de notas fiscais, como dados informados com divergências.

Este item 01 do presente PAF foi julgado nulo devido a falta de intimação com a concessão do prazo de 30 (trinta) dias, para regularização das inconsistências apontadas no item 02 da intimação fiscal, apensada à fl.10 do PAF.

Os autuantes contestaram o argumento de nulidade suscitado pelo patrono do autuado, pela falta de intimação com a concessão do prazo de trinta dias para regularização das divergências detectadas. Disseram que a ausência de determinado tipo de registro na transmissão de um arquivo magnético caracteriza uma omissão, enquanto a verificação da inconsistência de dados por seu turno, só pode ser diagnosticada quando os diversos tipos de registros são fornecidos. Afirmaram que no primeiro caso, suscitaria a concessão do prazo de trinta dias para as devidas correções. No segundo, a omissão de determinados registros equipara-se à falta de fornecimento, justificando o mesmo tratamento para a falta de apresentação, situação em que é concedido o prazo de cinco dias após intimação formal, nos termos dos arts. 708-B e os §§ 5º e 6º do RICMS/BA.

Ante a Decisão da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, pela nulidade da Decisão de 1ª instância, no que tange à infração 01, concluindo que a intimação apensada à fl.10, atendia parcialmente aos requisitos para a aplicação

da regra prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea “j” da Lei nº 7.014/96, reproduzo na íntegra, o voto proferido pelo ilustre Julgador da 2ª Junta de Julgamento Fiscal, José Carlos Bacelar, à época do julgamento em primeira instância, voto divergente, cuja tese prevaleceu na 2ª CJF:

“De acordo com o que está descrito na acusação fiscal do item 01, a questão em exame diz respeito a aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória, equivalente a 1% sobre o valor das saídas, concernente a constatação de que o contribuinte supra deixou de fornecer informações através de arquivos em meio magnético, estabelecido na legislação (Convênio ICMS 57/95), gerado através do Programa Sintegra, referente ao período de 01/01/2007 a 31/12/2011.

A finalidade da obrigação acessória com a entrega do arquivo magnético é facilitar a administração tributária a exercer sua função fiscalizadora, uma vez que envolve as declarações fornecidas pelo contribuinte do imposto sobre as operações realizadas. Portanto, a obrigação acessória para a entrega do arquivo magnético, como as demais, existe para que o Fisco possa viabilizar a verificação do cumprimento da obrigação principal.

O cumprimento de algumas obrigações acessórias somente ocorre quanto a fiscalização solicita do contribuinte, e em outras obrigações existe previsão legal para o contribuinte fazer, independente de intimação.

No caso da entrega dos arquivos magnéticos, de acordo com a legislação do ICMS, a qual recepcionou o disposto no Convênio ICMS 57/95 e suas alterações posteriores, o contribuinte usuário de sistema eletrônico de processamento de dados, é obrigado a apresentar, espontaneamente, pela Internet, a documentação minuciosa, completa e atualizada do sistema, contendo descrição, gabarito de registro (“layout”) dos arquivos, listagem dos programas e as alterações ocorridas no exercício de apuração, relativamente à totalidade das operações de entradas e de saídas de mercadorias ou das prestações realizadas, inclusive o inventário das mercadorias, produtos, matérias primas e embalagens (art. 685, combinado com os arts. 708-A e 708-B, do RICMS/97).

Se não houver a entrega espontânea, nos prazos legais, pela Internet, o art. 708-B estabelece que: “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”. O arquivo magnético deverá ser entregue 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.

Se, ao contrário, houver a entrega do arquivo magnético, porém com inconsistência, o § 5º do art. 708-A, incorporado ao RICMS/97-BA, através da Alteração nº 63, em vigor a partir de 18/05/2005, estabeleceu um prazo de 30 dias úteis contados da data do recebimento da intimação para corrigir arquivo magnético apresentado com inconsistência.

No caso em apreciação, pelo que consta na inicial, o motivo determinante para a aplicação da multa foi o descumprimento de obrigação acessória relativa ao fato de que o contribuinte deixou de fornecer arquivos em meio magnético, sendo expedida a intimação, constante à fl. 10, para que o contribuinte procedesse a entrega do referido arquivo, conforme determina o artigo 708-B do RICMS/97.

Analisando a referida intimação verifico que nela constam assinaladas dois motivos para a apresentação do arquivo magnético:

1) falta de entrega dos arquivos contendo as informações relativas aos meses de fevereiro, abril a dezembro de 2007, janeiro a agosto, outubro a novembro de 2008, junho, julho, setembro, novembro e dezembro de 2009, janeiro a dezembro de 2010, janeiro a março, maio, agosto a dezembro de 2011;

2) entrega com inconsistências (falta do Registro 74 e outros), referente aos meses de janeiro de 2007, dezembro de 2008, janeiro a maio, agosto e outubro de 2009, abril de 2011, junho e julho de 2011.

Pelo que se vê, estamos diante, de duas situações distintas: a falta de apresentação e a apresentação de informações com inconsistências.

Verifico que para a primeira situação, a autuação obedeceu ao devido processo legal, ou seja, a ação fiscal atendeu ao disposto no artigo 708-A do RICMS/97, pois a fiscalização ao recepcionar os arquivos magnéticos com inconsistências, intimou fl.10, o contribuinte para apresentação do arquivo magnético dos períodos acima citados.

Quanto a outra situação, ou seja, a entrega do arquivo magnético com inconsistência, o autuante intimou a apresentação correta juntamente com a intimação à fl. 10, com ciência em 11/07/2012 e vencimento em 16/07/2012. Ocorre que para esta ocorrência, a fiscalização não obedeceu a legislação que rege a espécie, qual seja, o § 5º do art. 708-A do RICMS/97, pois deixou de expedir intimação específica concedendo o prazo de 30 (trinta) dias para a correção do arquivo magnético.

Registro, ainda, que o autuante presente na sessão de julgamento do dia 03/07/2013 disse que esta intimação existia e não fora anexada ao processo, sendo decidido pela realização de diligência para que se acostasse aos autos a mesma.

O autuante atendendo a solicitação do órgão julgador, informou que se equivocou e não tem a alegada intimação, o que levou a ilustre Relatora do processo a concluir pela nulidade de todo o lançamento do item 01.

Peço vênia para discordar do voto da Relatora sobre a nulidade total do lançamento do item em comento. Comungo apenas com a conclusão da ilustre Relatora, no sentido de que deve anulado o lançamento da multa, no total de R\$ 330.212,98, aplicada para os meses de janeiro de 2007, dezembro de 2008, janeiro a maio, agosto e outubro de 2009, abril de 2011, junho e julho de 2011, visto que diante das inconsistências apuradas, o autuante deixou de expedir intimação concedendo o prazo e 30 dias úteis contados da data do recebimento da intimação para correção dos arquivos magnéticos apresentados com inconsistências, assinaladas nos autos, conforme estabelece o § 5º do art. 708-A do RICMS/97.

Verifico, ainda, que, pelo que consta nos autos, está claro que a empresa não enviou, nos prazos legais, pela Internet, os arquivos magnéticos, relativos aos períodos apontados, o que ensejou a aplicação da multa do item 04.

A minha discordância diz respeito sobre a nulidade do lançamento da multa aplicada para os meses de fevereiro, abril a dezembro de 2007, janeiro a agosto, outubro a novembro de 2008, junho, julho, setembro, novembro e dezembro de 2009, janeiro a dezembro de 2010, janeiro a março, maio, agosto a dezembro de 2011, pois, neste caso, a fiscalização deu estrito cumprimento ao disposto ao art. 708-A, do RICMS/97-BA, uma vez que ao verificar que houve falta de entrega dos arquivos magnéticos do referidos períodos, expediu a intimação à fl. 10, dando o prazo de 5 (cinco) dias para a apresentação dos aludidos arquivos, e o autuado, na prazo estipulado, não atendeu ao solicitado. O que reforça a minha conclusão, é que o autuante na tentativa de corrigir parte do lançamento expediu a intimação à fl.167, que não deve ser considerada, porquanto intempestiva.

Portanto, acompanho o voto da Relatora que deu o tratamento adequado à matéria, decidindo pela nulidade, porém, apenas em relação aos fatos geradores dos meses janeiro de 2007, dezembro de 2008, janeiro a maio, agosto e outubro de 2009, abril de 2011, junho e julho de 2011.

Nestas circunstâncias, restando caracterizada parcialmente a infração nos meses acima citados, a aplicação da multa se justifica por está prevista no artigo 42, inciso XIII-A, alínea "j", da Lei nº 7.014/96, porém, com a modificação da data de ocorrência, constante no demonstrativo de débito, para o dia em que venceu o prazo da intimação, qual seja, o dia 16/07/2012 (ciência em 11/07/2012).

Desta forma, o meu voto é pela procedência parcial do item 01, com a manutenção das multas relativas aos meses de fevereiro, abril a dezembro de 2007, janeiro a agosto, outubro a novembro de 2008, junho, julho, setembro, novembro e dezembro de 2009, janeiro a dezembro de 2010, janeiro a março, maio, agosto a dezembro de 2011, nos valores constantes no demonstrativo de débito, fls. 01 e 02, que totaliza a cifra de R\$1.329.634,27, não cabendo acolhimento os valores das saídas apontados na defesa, visto que conforme constam nos autos o autuante levou em conta os valores das DMAs, quando corretos, e quando incorretos considerou os valores constantes no livro Razão às fls. 06 a 41".

Considerando que a 2ª CJF declarou nula a Decisão prolatada pela 2ª JJF, entendo que deve ser acompanhada pelas demais instâncias administrativas deste Órgão, sob pena de violar o princípio da segurança jurídica por se tratar de uma Decisão de Câmara Superior a este Colegiado, acompanho o voto acima reproduzido.

No entanto, constato inconsistência na totalização dos valores subsistentes neste item da infração, pois com a manutenção das multas relativas aos meses de fevereiro, abril a dezembro de 2007, janeiro a agosto, outubro a novembro de 2008, junho, julho, setembro, novembro e dezembro de 2009, janeiro a dezembro de 2010, janeiro a março, maio, agosto a dezembro de 2011, nos termos constantes no demonstrativo de débito, fls. 01 e 02, o valor correto totaliza R\$1.272.503,09 e não R\$1.329.634,27 como apontado acima. Reitero ainda, a modificação da data de ocorrência, constante no demonstrativo de débito, para o dia em que venceu o prazo da intimação, qual seja, o dia 16/07/2012 (ciência em 11/07/2012) para todos os meses autuados. Concluo pela procedência parcial da infração 01, remanescendo a multa aplicada no valor de R\$ R\$1.272.503,09.

Quanto às demais infrações, 02, 03 e 04, não houve Recurso a respeito das mesmas. Considero, portanto, que não existe lide a ser julgada.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

Na mesma ocasião a Junta recorreu de ofício da presente Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea "a", item 1º, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537, com efeitos a partir de 20/12/11.

Como se pode inferir da leitura do voto acima reproduzido, a 3^a JJF assim se posicionou em relação aos argumentos aduzidos pela então impugnante, ora recorrente:

- a) No que tange à alegação de que na infração 1, as ocorrências de janeiro a julho de 2007 estariam fulminadas pela decadência, as refutou, com o argumento de que a obrigação acessória, pelo simples fato de sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária, e que a ciência do contribuinte em 28 de setembro de 2012 se deu dentro do prazo de 05 anos;
- b) Quanto ao pleito do cancelamento ou redução das multas, afastou-a por considerar que o contribuinte não trouxe elementos probatórios capazes de ensejar o requerido;
- c) Em relação ao argumento de que houve erro na base de cálculo do 1º lançamento, rejeitou a Junta, ao demonstrar que os valores encontrados pelo autuante não levaram em consideração apenas os DMA's, também utilizaram como lastro o livro Razão;
- d) No tocante ao mérito da infração 01, relatou que no mérito, a infração 01 refere-se à multa pelo não fornecimento de arquivo magnético exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas equivalentes a 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, limitada a 1% das saídas de mercadorias e prestações de serviços. Vejo que o lançamento fiscal trata da ocorrência prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea "j" da Lei nº 7.014/96;
- e) Após, em razão da manifestação expressa do voto vencedor da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal, pela nulidade da Decisão de 1^a instância, no que tange à infração 01, concluindo que a intimação apensada à fl.10, atendia parcialmente aos requisitos para a aplicação da regra prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea "j" da Lei nº 7.014/96, reproduzo na íntegra, o voto proferido pelo ilustre Julgador da 2^a Junta de Julgamento Fiscal, José Carlos Bacelar, à época do julgamento em primeira instância, voto divergente, reconhecido pelo Relator da 2^a. CJF como tese correta;
- f) Em razão disso considerando que a 2^a CJF declarou nula a Decisão prolatada pela 2^a JJF, entendeu que deve ser acompanhada pelas demais instâncias administrativas deste Órgão, sob pena de violar o princípio da segurança jurídica por se tratar de uma Decisão de Câmara Superior a este Colegiado, acompanhou o voto vencido do Acórdão 0168-02/13, que fora anulado pelo Acórdão CJF 0016-12/14 acima reproduzido.
- g) No entanto, constatou que houve inconsistência na totalização dos valores subsistentes neste lançamento, substituindo o montante de R\$ 1.329.634,27, pelo de R\$ 1.272.503,09 e reiterou a alteração da data de ocorrência para o dia 16/07/2012;
- h) Manteve em sua totalidade as infrações 2, 3 e 4, pois não houve impugnação às mesmas.

Intimado acerca do resultado do julgamento o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário (fls. 237/250) em relação à Decisão da JJF, reiterando os seus argumentos defensivos, além de:

- a) Arguiu que as omissões constatadas no mês de fevereiro, e no período de abril a setembro de 2007, estão atingidas pela decadência, já que segundo o art. 708 do RICMS vigente à época (Decreto nº 6.284/1997), a transmissão dos arquivos omitidos deveria ser realizada até o dia 15 do mês subsequente, pois o recorrente tem a Inscrição Estadual nº 042.941.262. Sendo assim, o recorrente fora intimado da autuação em 23/10/2012, quando o prazo máximo seria até o dia 15/10/2007;
- b) Sustentou que a regra para contagem do prazo decadencial não pode ser a contida no art. 173, I do CTN, pois no caso em apreço não houve nenhum imposto lançado;
- c) Afirma que não há qualquer impedimento material ou formal para que a nulidade da infração

1 seja constatada, pois não fora decidido no Acórdão CJF nº 0016-12/14 se a existência de apenas uma intimação era apta a amparar duas providências distintas (apresentar a regularização de alguns arquivos magnéticos e entregar arquivos apontados como omitidos) no prazo de 5 dias. Tão somente fora declarada nula a Decisão de 1ª Instância;

- d) Declarar que o recorrente não enviara os arquivos tidos como omissos, pois imaginou que deveria anteriormente regularizar os mesmos, além disso, o envio de arquivos com inconsistências poderia levar a aplicação da multa de 1%, prevista no art. 708-B, §6º do RICMS;
- e) Clamar, no caso de prevalecimento da infração 01, que seja observado o art.42, §7º, da Lei nº 7.014/96, pois o descumprimento da obrigação acessória não gerou graves prejuízos ao fisco, especialmente porque a grande maioria dos produtos não estava sujeitas à tributação – aproximadamente 20% das suas saídas seriam tributadas;
- f) Afirmar que por ser contribuinte localizado na Zona Rural de Ubatã, no interior do Estado da Bahia, não tem a mesma facilidade de acesso aos meios de informática que as empresas situadas na Capital, bem como, sustentou que esse aspecto já serviu como parâmetro ao CONSEF para abrandamento de multa, citando o acórdão nº 0432-11/12 elaborado pela 1ª Câmara;
- g) Frisar que o recorrente não foi considerada pelo Auditor Fiscal como reincidente, e que no período autuado, pouco se sabia sobre os mecanismos de transmissão dos arquivos magnéticos, tendo sido reconhecido inclusive pelo legislador, que prorrogou a data de apresentação para diversos contribuintes.

Em Parecer, a PGE/PROFIS (fls. 276/278) opinou pelo Improvimento do Recurso, alegando que:

- i. A infração combatida diz respeito à imposição de multa por descumprimento de obrigação acessória, hipótese em que é aplicável o prazo decadencial contido no art.173, I, do CTN;
- ii. A intimação expedida em 11/07/2012 especificava quais os registros que deveriam ser enviados, e que seu descumprimento acarreta na multa ora exigida, conforme o art. 42, XIII-A, “j”, da Lei nº 7.014/96;
- iii. Os cálculos efetuados para apuração do valor da multa não foram impugnados;
- iv. Quanto ao pleito de redução das multas, entendeu que cabe ao CONSEF apreciar os motivos apresentados e decidir pelo cabimento ou não do pleito, na forma do art. 42, §7º, da Lei nº 7.014/96.

Na sessão de julgamento a Conselheira Denise Mara Andrade Barbosa declarou-se impedida de participar do julgamento, sendo substituída pelo Conselheiro Suplente Valtércio Serpa Júnior.

Também, na sessão de julgamento, a Procuradora Dra. Maria José Ramos Coelho Lins de Albuquerque Sento Sé reiterou o Parecer dos autos, entretanto, entendeu que seria cabível a redução da penalidade diante da situação fática dos autos.

VOTO (Vencido quanto à preliminar de decadência e Representação à Câmara Superior)

Inicialmente, cumpre asseverar que parte da tese defensiva se funda no prazo decadencial para lançamento dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, entendendo que deve ser aplicado o § 4º, do art. 150 do CTN.

Neste aspecto, cumpre ressaltar o dever previsto no art. 168 do RPAF:

Art. 168. Sempre que se encontrar em votação matéria contida em lei ou em ato normativo considerado ilegal, ou se já decidida em última instância pelo Poder Judiciário, observar-se-á o seguinte:

I - a autoridade julgadora deverá submeter à Junta ou à Câmara proposta à Câmara Superior do CONSEF no sentido de que represente ao Secretário da Fazenda, visando à Decisão;

No que se refere à contagem do prazo decadencial, além de centenas de decisões em todas as

esferas, a existência da Súmula Vinculante n. 8 do STF não deixa dúvidas sobre a impossibilidade de se alterar a contagem do prazo decadencial a não ser através de Lei Complementar Federal.

Assim, entendendo a matéria já foi decidida em última instância pelo poder judiciário, submeto à apreciação desta Câmara proposta de representação à Câmara Superior, por ser dever instituído pelo dispositivo acima citado.

Indeferida a proposição por Decisão não unânime em razão do voto de minerva, passo à análise do Recurso Voluntário.

O Recurso Voluntário inicialmente aduz, em sede de preliminar, a decadência parcial do lançamento quanto à Infração 01, no que se refere aos fatos geradores relativos aos meses de fevereiro, abril a setembro de 2007.

Toda a problemática no campo do direito tributário ocorre por conta das disposições contidas no parágrafo 4º, do art. 150, e o inciso I, do art. 173, do CTN, *in verbis*:

“Art. 150. (...)

Parágrafo 4º. Se a lei não fixar prazo para a homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado 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”.

Por mais que ainda haja alguma divergência sobre o tema, não se pode negar é que a competência para definir prazos decadenciais já está pacificada. Está expresso na Constituição Federal de 1988 que somente lei complementar pode disciplinar sobre prescrição e decadência em direito tributário, conforme se depreende do seu art. 146, III, “b”:

“Art. 146. Cabe à lei complementar:

(...)

III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

(...)

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência de tributos”.

Segundo já definiu o Supremo Tribunal Federal, a Lei Complementar mencionada pela Constituição Federal é CTN, cujas normas prevalecem, inclusive, sobre a Lei de Execução Fiscal, como, aliás, leciona Leandro Paulsen:

“Após o advento da CF/88, com previsão expressa nesta alínea no sentido de que se trata de norma geral em matéria tributária, tem-se todos os elementos para afirmar, categoricamente, que estão sob reserva de lei complementar. O STF já firmou posição acerca da matéria, e o STJ, recentemente, tem se pronunciado no sentido de que os dispositivos da LEF não podem prevalecer em face do CTN, conforme se pode ver dos precedentes acerca da interrupção da prescrição pela citação, em nota ao art. 174, parágrafo único, inciso I, do CTN” (in Direito Tributário, Editora Livraria do Advogado, 10ª. Ed., pág. 94).

Como dito acima, esse é o entendimento que prevalece no STF, *ex vi* do aresto a seguir transscrito:

“A questão da prescrição e da decadência, entretanto, parece-me pacificada. É que tais institutos são próprios de lei complementar de normas gerais (art. 146, III, b). Quer dizer, os prazos de decadência e de prescrição inscritos na lei complementar de normas gerais (CTN) são aplicáveis, agora, por expressa previsão constitucional, às contribuições parafiscais” (Plenário, RE 148754-2/RJ, excerto do voto do Min. Carlos Velloso).

Ademais, a Súmula Vinculante nº 08, através da qual cristalizou-se o entendimento de que são inconstitucionais os arts. 5º, do Decreto-Lei 1.569/77, e 45 e 46, da Lei nº 8.212/91, utilizando-se justamente o fundamento de que a prescrição e a decadência são matérias reservadas a Lei Complementar de âmbito nacional.

Sabe-se bem que o efeito vinculante é atributo exclusivo do verbete, não atingindo a

fundamentação. Todavia, não se pode fechar os olhos para o entendimento adotado pela mais alta Corte de Justiça do nosso país, há muito tempo, vale frisar, como se as decisões judiciais não passassem de mera recomendação.

Nesse contexto, em termos de decadência, as normas do CTN devem prevalecer sobre as disposições constantes do COTEB.

Ainda sobre o tema, como dito acima, o CTN trouxe duas regras no que concerne ao termo *a quo* do prazo decadencial – o art. 173, I e o §4º do art. 150 – competindo ao intérprete decidir quando ocorrerá o lançamento por homologação (no momento da ocorrência do fato gerador) e quando ocorrerá o lançamento de ofício (dilatando o termo *a quo* para o primeiro dia útil do exercício seguinte). E ao meu ver, tal regramento se aplica também ao descumprimento de obrigações acessórias.

Não há dúvidas que a fluência do prazo decadencial se interrompe somente após a regular intimação do sujeito passivo, razão pela qual os créditos lançados referente a fatos geradores ocorridos até o mês de setembro de 2007, foram fulminados pela decadência, restando extinto, consoante determina o inciso V do art. 156 do CTN.

Assim, voto pelo provimento da preliminar de decadência parcial da Infração 01.

Ainda em sede de preliminar, o Recorrente defende a nulidade da Infração 01, isto porque a existência de apenas uma intimação para amparar duas providências distintas (apresentar a regularização de alguns arquivos magnéticos e entregar arquivos apontados como omitidos) no prazo de 5 dias inquinou de nulidade tal intimação.

Isto porque fez o contribuinte incorrer em erro, uma vez que, ao pedir a apresentação e correção de arquivos magnéticos relativos aos mesmos fatos apenas o faria crer que deveria, inicialmente, promover à correção para depois remetê-los à fiscalização.

E a legislação fixa um prazo de 30 (trinta) dias para isso, e não de 05 dias como conferido.

Entendo assistir razão ao Recorrente, e no mesmo sentido entendo restar correto o excelente voto divergente proferido pelo Conselheiro Rodrigo Luande no Acórdão CJF n. 0016-12/14, que reproduzo em partes:

O artigo 708-B do RICMS, vigente à época dos fatos, prevê dois procedimentos diferentes para cobrar o adimplemento da obrigação acessória de envio dos arquivos magnéticos, estabelecido no art. 708-A do mesmo diploma legal.

O primeiro deles está previsto no caput, abaixo transcrito, verbo ad verbum:

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.

Por esta regra, o contribuinte deverá apresentar no prazo de 5 dias úteis, os arquivos magnéticos originais, referentes a um certo período de tempo, apontado pela fiscalização. Nesta hipótese, o contribuinte pode ter enviado ou não os arquivos para Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, contudo, a fiscalização quer que o processo ao menos se renove.

Já o outro procedimento está previsto nos §§ 3º e 5º do mesmo artigo do Regulamento de ICMS, conforme se lê abaixo:

Art. 708-B.

(...)

§ 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.

Nesta hipótese, o contribuinte é intimado para apresentar novos arquivos magnéticos, no prazo de 30 dias,

sem as inconsistências apontadas pela fiscalização, sob pena de multa.

A situação prevista nesta regra é bem diferente.

Primeiro o prazo é muito maior, em razão da necessidade de retificação de vários registros de natureza fiscal e contábil que, em regra, demanda muito mais tempo para ser atendida. **Em segundo lugar, fica claro que o contribuinte já enviou todos os arquivos e agora eles serão refeitos devido à aferição de incongruências nas informações fornecidas.**

Daí porque o legislador tratou a matéria de formas distintas. São procedimentos dispares, já que são situações inquestionavelmente dessemelhantes. Uma é o puro e simples reenvio dos arquivos originais, outra é o refazimento dos arquivos magnéticos, consoante as análises da fiscalização.

Portanto, a nulidade do lançamento já está na sua gênese.

A intimação de fl. 10 dos autos, não pode ser considerada válida para qualquer dos procedimentos, seja de reenvio e seja de refazimento.

Ao meu ver, considero totalmente viciada a intimação que ao mesmo tempo cobra os arquivos magnéticos de um período a ser fiscalizado e manda que outros, do mesmo período, sejam retificados. Tal metodologia, desrespeita o devido processo legal na sua acepção formal, pois, não está prevista na norma tributária de regência, como também ataca frontalmente o direito de defesa do contribuinte, uma vez que levanta dúvida se retifica os arquivos ou então os reenvia do jeito que se encontram.

No mesmo sentido concordo com a posição exarada pelo Nobre colega, isto porque, ao mesmo passo que o Fisco tenta exigir do contribuinte multa por descumprimento de obrigação acessória, o próprio Fisco descumpriu o que dispõe a legislação.

O termo de intimação de fl. 10 é absolutamente nulo.

Ademais, ressalte-se ainda que, na fl. 167 o autuante ainda promove a juntada de outra intimação, a 2ª. Intimação Fiscal com o mesmo objeto da intimação de fl. 10, recebida pelo contribuinte em 03.07.2013 e, dessa feita, com a individualização das obrigações, intimando o contribuinte a apresentar arquivos magnéticos corrigidos e conferindo o prazo correto de 30 dias.

Restou claro que ao assim agir o agente autuante acabou por convalidar a tese defendida por este Relator, uma vez que neste momento cumpriu o quanto determinado pela legislação estadual.

Desta feita, considerando nula a intimação de fl. 10, não há infração cometida pelo Recorrente e, nos termos do art. 18, IV, a do RPAF não há elementos suficientes para se configurar a infração.

Assim, voto pelo provimento do Recurso Voluntário para, em sede de preliminar julgar NULA a Infração 01 por vício material.

Vencido por maioria quanto à preliminar de nulidade, passo à análise do último elemento de defesa do Recorrente, o pedido de redução de multa.

O Recorrente fundamenta seu pedido no fato de que tal ilícito ocorreu em um momento de implantação do Sistema do SINTEGRA, o que gerou dificuldades para os contribuintes, em especial para o Recorrente situado em zona rural do interior da Bahia, sem o mesmo acesso aos sistemas de informática.

Ademais, aduz que não houve falta de recolhimento de tributo para o Fisco e, apenas cerca de 20% do seu faturamento se refere a mercadorias tributadas.

Outrossim, verifico que o próprio agente autuante promove a juntada à fl. 142 de Notícia Crime realizada pelo Recorrente em razão de incêndio que acometeu sua estrutura em 02 de agosto de 2010 que acabou por destruir toda a sua documentação fiscal referente aos exercícios de 2003 a 2009.

Requer, portanto, nos termos do §7º do art. 42 da Lei 7.014/96 o cancelamento ou redução das multas relativas ao descumprimento de obrigações acessórias.

De fato, a tipicidade no direito tributário é objetiva, entretanto, o cancelamento ou redução de multa por descumprimento de obrigação acessória tem por fundamento o § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, que prevê tais medidas se ficar provado que a infração foi praticada sem dolo, fraude e

simulação e que não implicou falta de pagamento de tributo. Esse dispositivo contém dois requisitos para que se possa reduzir ou cancelar a multa.

Um desses requisitos é que a infração tenha sido praticada sem dolo, fraude ou simulação. Como nestes autos sequer foi ventilada a existência de tais práticas, e restou efetivamente comprovado o incêndio de sua sede com a perda de seus documentos fiscais o que no mínimo dificultaria o cumprimento da intimação para apresentação de arquivos, a meu ver caracteriza a sua boa fé.

O outro é que a infração considerada não tenha implicado em falta de pagamento do tributo. Não consta nos autos que tivesse sido apurada falta de pagamento de tributo por estes fatos e grande parte do faturamento do recorrente é de operações não tributadas, fato confirmado pelo próprio agente fiscal.

Ademais, entendo que a análise do preenchimento dos requisitos do §7º do art. 42 do RPAF devem ser feitas caso a caso e de acordo com o que efetivamente consta nos autos, não pode se dar com um exercício de possibilidades ou “futurologia”. Nos autos, não resta nenhuma prova de não recolhimento de obrigação principal.

A presunção é sempre de inocência e de boa fé do contribuinte, em contrapartida, a atuação do agente fiscal na cobrança dos tributos é plenamente vinculada, razão pela qual se houvesse tributo a ser exigido deveria ter sido lançado. Como não houve lançamento a presunção é de que não houve falta de recolhimento.

Pensar de forma distinta acarretaria em se presumir que o contribuinte é sempre infrator.

Assim, considero preenchidos os requisitos legais para redução da multa.

O RPAF, ao inaugurar a regulação processual do contencioso administrativo fiscal, no título das disposições gerais, recomenda que se apliquem ao processo administrativo determinados princípios jurídicos, “*sem prejuízo de outros princípios de direito*” (art. 2º). Dentre esses princípios, no que concerne ao caso em tela, aflora o princípio da proporcionalidade, que se traduz na dosimetria da pena em função da gravidade da falta e da situação individual do infrator. Esse princípio reflete-se no § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, o qual admite que o órgão julgador cancele ou reduza a multa, se não tiver havido dolo, fraude ou simulação, e desde que o fato não tenha implicado falta de pagamento de imposto.

A penalidade aplicada no presente lançamento fiscal, apesar de legalmente prevista, no meu entender além de absurda é desproporcional.

Estamos falando de multa por descumprimento de obrigação acessória no montante atualizado de R\$ 1.469.365,27 (hum milhão quatrocentos e sessenta e nove mil trezentos e sessenta e cinco reais e vinte e sete centavos) sem ao menos nenhuma prova ou indício de falta de recolhimento do tributo estadual.

Assim, considerando o montante lançamento, bem como o princípio da razoabilidade e o fato de que, a punição tem que ter caráter sancionatório e educativo, e não ter como finalidade a arrecadação de recursos financeiros ao fisco, considero que a redução da penalidade a 20% do valor originalmente lançado atende à finalidade sancionatória e educativa da referida penalidade, nos termos de precedentes desta mesma CJF.

Ademais, mesmo que aparentemente a redução a um percentual de 20% do valor original possa Parecer excessiva, lembro que isso corresponde, em valores históricos ao valor de R\$ 254.500,61, valor de repercussão considerável em se tratando de multa por descumprimento de obrigação acessória.

Desta feita, voto pela redução da penalidade relativa à Infração 01 para o valor histórico de R\$ 254.500,61.

Ex positis, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

Passo à análise do Recurso de Ofício.

Verifico que a desoneração que ensejou o presente Recurso de Ofício foi fundada em dois pontos.

O primeiro se refere à nulidade do segundo item da intimação de fl. 10. Isto porque, em relação à segunda hipótese – falta de apresentação, mesmo após solicitados mediante intimação, de arquivos magnéticos já entregues pelo autuante nos prazos regulamentares com a ausência dos Registros 53, 54, 70, 71, 74 e 75 -, efetivamente houve vício formal na concessão do prazo de apenas 5 (cinco) dias úteis, como se verá a seguir.

Ainda que se deva aplicar a mesma penalidade de 1% do valor das saídas ou das entradas, o que for maior, de mercadorias e prestações de serviços realizadas em cada período de apuração, consoante estabelecido na segunda parte da alínea “j” do inciso XIII-A do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, acima reproduzida, o prazo estabelecido na legislação para que o contribuinte cumpra a intimação deve ser de 30 dias e não de 5 dias úteis, como ficou consignado na intimação que embasou a autuação.

É o que dispõem o artigo 708-B, e seus parágrafos, do RICMS/97.

Assim, entendo ter agido corretamente a JJF ao declarar a nulidade em relação aos fatos geradores dos meses janeiro de 2007, dezembro de 2008, janeiro a maio, agosto e outubro de 2009, abril de 2011, junho e julho de 2011.

O segundo ponto da desoneração realizada se refere a uma retificação no cálculo quanto ao saldo remanescente da Infração 01. A junta de julgamento assim decidiu quanto à desoneração do referido item:

No entanto, constato inconsistência na totalização dos valores subsistentes neste item da infração, pois com a manutenção das multas relativas aos meses de fevereiro, abril a dezembro de 2007, janeiro a agosto, outubro a novembro de 2008, junho, julho, setembro, novembro e dezembro de 2009, janeiro a dezembro de 2010, janeiro a março, maio, agosto a dezembro de 2011, nos termos constantes no demonstrativo de débito, fls. 01 e 02, o valor correto totaliza R\$1.272.503,09 e não R\$1.329.634,27 como apontado acima. Reitero ainda, a modificação da data de ocorrência, constante no demonstrativo de débito, para o dia em que venceu o prazo da intimação, qual seja, o dia 16/07/2012 (ciência em 11/07/2012) para todos os meses autuados. Concluo pela procedência parcial da infração 01, remanescente a multa aplicada no valor de R\$ R\$1.272.503,09.

Da análise da Decisão recorrida entendo que a mesma não merece reparo quanto à desoneração procedida, isto porque a mesma decorreu de uma retificação de erro formal quando da quantificação da parte remanescente da Infração 01, bem como da modificação da data de ocorrência para a data de vencimento do prazo conferido na intimação, conforme jurisprudência assente deste CONSEF.

Assim, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

VOTOS VENCEDOR (Preliminar de decadência e Representação à Câmara Superior) e DISCORDANTE (Redução da multa)

Data venia, não posso alinhar-me a decisão do n. relator quanto à questão de nulidade do Auto de Infração que suscitou de ofício, no sentido desta CJF representar à Câmara Superior, nos termos previstos no art. 168 do RPAF, no que se refere à contagem do prazo decadencial, em decorrência de centenas de decisões em todas as esferas e a existência da Súmula Vinculante n. 8 do STF não deixar dúvidas sobre a impossibilidade de se alterar a contagem do prazo decadencial a não ser através de Lei Complementar Federal.

Simultaneamente, também discordo do relator quanto à matéria dos prazos decadenciais para exigência do ICMS para os fatos ocorridos no período de janeiro a julho de 2007.

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

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

Diante de tal orientação, afasto toda questão relativa aos prazos decadências, inclusive a proposta de se representar à Câmara Superior, mantendo o posicionamento já reiterado por este Conselho de Fazenda, haja vista que não podemos desconsiderar a interpretação sistemática da norma disposta no art. 150, § 4º, do CTN e sua interação com o que dispõe o seu art. 173, I, do citado diploma legal, ainda mais quando se trata de exigência por descumprimento de obrigação tributária acessória, como ocorre no caso concreto, na qual sequer se exige imposto, logo, não se pode falar em lançamento por homologação, conforme se pressupõe ao aplicar a regra do art. 150 e seu § 4º do CTN. Neste caso deverá ser observado o disposto no artigo 173, I do CTN, repetido pela Lei nº 3.956/81 (COTEB-BA) no seu art. 107-A.

Sendo assim, no caso específico, em relação à exigência relativa ao descumprimento da obrigação tributária acessória, inerente à apresentação dos arquivos magnéticos relativos ao período de janeiro a julho de 2007, o prazo que tem o fisco começar a contar a partir de 01/01/2008 e se encerra em 31/12/2012, tendo o Auto de Infração sido lavrado em 28/09/2012, logo dentro do prazo legal, razão de não concordar com o entendimento de que operou a decadência do direito de a Fazenda Estadual constituir seu crédito tributário e, em consequência, com a proposta para este colegiado representar à Câmara Superior, nos termos previstos no art. 168 do RPAF/BA.

No tocante à nulidade da parte da intimação para a correção das inconsistências de arquivos magnéticos, em razão da concessão do prazo de cinco dias enquanto a legislação fixa um prazo de trinta dias, conforme reza o art. 708-B, §§ 3º e 5º, do RICMS/97, vigente à época, não existe qualquer dúvida e isso nem sequer está em discussão.

Porém, em relação à parte da intimação em que concede ao contribuinte o prazo de cinco dias para apresentação dos arquivos magnéticos, não transmitidos, no prazo legal, inerentes aos meses de: 02/2007 a 11/2008; 06/2009 a 07/2009; 09/2009; 11/2009 a 03/2011; 05/2011 e 08/2011 a 12/2011, não há como se pretender sua nulidade, pois se trata de uma intimação válida, conforme previsto no caput do art. 708-B do RICMS/97, inexistindo qualquer contaminação entre as duas partes da citada intimação, até porque nela se encontram discriminados todos os meses em que os arquivos magnéticos não foram transmitidos, sendo totalmente impertinente a alegação de cerceamento ou qualquer prejuízo ao direito de defesa do contribuinte.

Assim, discordo de tal pretensão de desqualificar a intimação, quanto à parte em que foi concedido ao contribuinte o prazo legal de cinco dias para a apresentação dos arquivos magnéticos, não transmitidos no prazo regulamentar, por se tratar de uma intimação válida.

Diante do exposto, rejeito as preliminares suscitadas.

Por fim, discordo, com a devida *venia*, do entendimento do ilustre relator, quanto a sua Decisão de reduzir para 20% do valor da multa por descumprimento de obrigação tributária acessória mantida na Decisão recorrida, ou seja, para o valor histórico de R\$ 254.500,61, relativa à primeira infração.

A razão da minha discordância para reduzir a multa por descumprimento de obrigação tributária acessória, neste caso de falta de apresentação dos arquivos magnéticos, é que, além de se tratar de sanção específica, a penalidade serve para coibir o contribuinte de se furtar a cumprir a sua obrigação tributária acessória de apresentar os arquivos magnéticos, cuja ferramenta é de suma importância para o controle da administração tributária e para possibilitar uma eficaz fiscalização em contribuinte de grande porte, como é o caso do sujeito passivo.

O voto exarado se fundamenta no § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, o qual admite que o órgão julgador cancele ou reduza a multa, se não tiver havido dolo, fraude ou simulação, e desde que o fato não tenha implicado falta de pagamento de imposto.

Contudo, não há como se admitir que o sujeito passivo preencha tais requisitos legais para redução da multa, pois se trata de contribuinte reincidente na prática de tal ilícito fiscal, em que insiste em não cumprir com tais informações essenciais para o controle e acompanhamento pela SEFAZ de suas atividades operacionais, inclusive de forma a possibilitar se apurar se a real base de cálculo das operações foi devidamente oferecida à tributação ou se ocorreu em ilícito fiscal da obrigação principal.

Conforme se pode observar através da intimação, à fl. 10 dos autos, o autuado nos exercícios de 2007 a 2011, ou seja, no período de cinco anos, no qual deveria ter transmitido 60 (sessenta) arquivos magnéticos, apenas apresentou 12 (doze) arquivos, e mesmo assim de forma precária, ou seja, com inconsistências, de modo a inviabilizar qualquer fiscalização, visto que foram apresentados sem os registros: 53, 54, 70, 71, 74 e 75, o que vem a demonstrar o propósito do contribuinte em dolosamente descumprir a legislação pertinente, o que comprova a falta dos requisitos legais para a redução da multa.

Do exposto, voto pela rejeição das preliminares; pelo não acolhimento do pedido de redução da multa e pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, não acolher as preliminares de decadência e DE nulidade, bem como, de encaminhamento de proposta à Câmara Superior no sentido de representação ao Secretário da Fazenda quanto à questão da decadência e, em decisão não unânime, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **210365.0004/12-6**, lavrado contra **FRIGORÍFICO E TRANSPORTADORA UBATÃ LTDA. (FRIGOR SUL)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento das multas pelo descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$258.640,61**, previstas no art. 42, incisos XIII-A, “j” e XX, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

VOTO VENCEDOR (Preliminares de decadência, de nulidade e de representação à Câmara Superior) - Conselheiros(as): Fernando Antonio Brito de Araújo, Valtércio Serpa Júnior e Carlos Fábio Cabral Ferreira.

VOTO VENCIDO (Preliminares de decadência, de nulidade e de representação à Câmara Superior) - Conselheiros(a): Daniel Ribeiro Silva, José Antonio Marques Ribeiro e Alessandra Brandão Barbosa.

VOTO VENCEDOR (Redução da Multa) - Conselheiros(a): Daniel Ribeiro Silva, Valtércio Serpa Júnior, José Antonio Marques Ribeiro, Alessandra Brandão Barbosa e Carlos Fábio Cabral Ferreira.

VOTO DISCORDANTE (Redução da Multa) - Conselheiro: Fernando Antonio Brito de Araújo.

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

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

DANIEL RIBEIRO SILVA – RELATOR/VOTO VENCIDO (Preliminar de decadência e representação à Câmara Superior)

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - VOTOS VENCEDOR (Preliminares de decadência, Nulidade e representação à Câmara Superior) e DISCORDANTE (Redução da Multa)

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS