

PROCESSO - A. I. N° 207160.0013/14-6  
RECORRENTE - CHOPERIA BAR E RESTAURANTE LTDA.  
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0111-04/16  
ORIGEM - INFAC VAREJO  
PUBLICAÇÃO - INTERNET 20/02/2017

**1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF N° 0021-11/17**

**EMENTA: ICMS.** 1. ALÍQUOTA. APLICAÇÃO INCORRETA. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. Apesar de configurada a infração, o débito lançado foi retificado pelo autuante quando da informação fiscal. Modificada em parte a Decisão com o acolhimento da materialização da Decadência das exigências relativas ao período de janeiro a novembro de 2009. Infração parcialmente subsistente. 2. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. a) FALTA DE ENTREGA NO PRAZO PREVISTO PELA LEGISLAÇÃO. MULTA. Fato comprovado. Modificado a Decisão com afastamento das exigências relativas ao período de janeiro a novembro de 2009. Mantida a penalidade referente a cada mês em que não ocorreu a entrega dos arquivos magnéticos no período de dezembro/2009 a dezembro/2010. Infração subsistente. b) FALTA DE APRESENTAÇÃO AO FISCO QUANDO DEVIDAMENTE INTIMADO. MULTA. Restou comprovado que o estabelecimento autuado, apesar de intimado, não apresentou os arquivos magnéticos com a inserção de arquivos magnéticos faltantes, como solicitado. Mantida a penalidade, com modificação das datas de ocorrência e vencimento. Afastada a arguição de decadência. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime quanto à preliminar de mérito de decadência das infrações 1 e 2 e por maioria com voto de qualidade, quanto ao mérito da infração 3.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal, concretizada no Acórdão JJF N° 0111-04/16, a qual, unanimemente, julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 29/12/2014, para cobrar crédito tributário na ordem de R\$149.171,65 e demais cominações legais, em face das seguintes acusações:

*1 – Recolher a menor ICMS o valor de R\$47.466,53 em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.*

*2 – Fornecer arquivo(s) magnético(s) fora dos prazos previstos pela legislação, enviado(s) via internet através do programa Validador/Sintegra. Multa no valor de R\$33.120,00, período de fevereiro/2009 a dezembro/2010, prevista pelo Art. 42, XIII-A, alínea “j” da Lei nº 7.014/96.*

*3 – Deixar de fornecer arquivo(s) magnético(s) exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas. Multa no valor de R\$68.585,12, período de fevereiro/2009 a dezembro/2010, prevista pelo Art. 42, XIII-A, alínea “j” da Lei nº 7.014/96.*

A autuada apresentou, através de advogados legalmente constituídos, impugnação tempestiva (fls. 63 a 76) e o autuante prestou a informação fiscal de praxe às fls. 130 a 136.

No conduto do Acórdão JJF N° 0111-04/16, o Auto de Infração foi julgado Procedente em Parte, tendo o voto do Relator se consubstanciado na seguinte literalidade:

*“Inicialmente enfrento a arguição de decadência suscitada pelo autuado em relação às infrações consignadas*

*no presente Auto de Infração e concernentes ao período entre janeiro/09 a novembro/2009, estribado no art. 150 § 4º do CTN.*

*Apesar de respeitar o argumento defensivo, não vejo como acolher a tese do autuado, visto que a legislação do Estado da Bahia fixa prazo para homologação do lançamento, e, neste caso, não pode ser acatada a alegação de decadência, com base no art. 150, § 4º do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixa prazo para homologação:*

**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 à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.*

Acontece que o legislador baiano tratou de prever prazo distinto para efetivação do lançamento, conforme inciso I do art. 107-A do Código Tributário do Estado da Bahia (**vigente à época da ocorrência dos fatos geradores**), in verbis:

*“Art. 107-A. O direito de a fazenda pública constituir o crédito tributário extingue-se no prazo de 5 anos, contado:*

*I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;  
(...)”*

Ressalte-se que o CTN, diploma legal com status de lei complementar, a quem cabe determinar as normas gerais de direito tributário, nos termos do art. 146, II, “b” da Constituição Federal, inicialmente fixa como marco inicial do prazo decadencial o fato gerador da obrigação tributária, mas, o § 4º do art. 150 respaldou que a legislação dos entes federados fixasse prazo para homologação, ao cunhar, no início do parágrafo citado, a expressão “**se a lei não fixar prazo à homologação**”. Assim, a legislação baiana - respaldada na autorização legal do art. 150, § 4º do próprio CTN, ou seja, autorização dada pela própria lei complementar que fixa as normas gerais em matéria de legislação tributária - fixou o primeiro dia do exercício seguinte como o momento a partir do qual se deve iniciar o prazo decadencial. Frise-se, ainda, que a expressão “lei”, cunhada no dispositivo citado, deve ser entendida como lei ordinária, e não lei complementar. Portanto, a lei baiana, dentro do permissivo legal do próprio CTN, fixou prazo para homologação, razão pela qual, neste caso, não vejo como possa ser aplicada o entendimento do Ministério da Fazenda e do STJ citados pela Defesa.

Por outro lado, temos que o Art. 173, inciso I, do CTN, dispõe que “o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 05 (cinco) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”.

Como visto, o disposto no art. 107-A, I do COTEB, instituído pela Lei nº 3.956/81, em sua essência transcreve o art. 173, I do CTN, que estabelece como prazo de decadência cinco anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Assim, a norma especial, contida no código baiano, afasta a incidência da norma genérica, prevista no CTN, e, desta maneira, considerando que o Auto de Infração foi lavrado em 30.12.2014, entendo plenamente aplicável ao lançamento ora em apreço a regra disposta no inciso I do art. 173 do Código Tributário Nacional – CTN, que dispõe que o prazo inicial para contagem da decadência é o primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador. Desta forma, não havia ainda ocorrido a decadência do direito de lançar o crédito relativo às operações realizadas no período de janeiro a novembro/2009, o que somente se daria em janeiro de 2015, nos termos do inciso I do art. 107-A, do COTEB, acima citado.

Por fim, vejo que por ocasião da revogação do art. 107-A do COTEB, decorrente do advento da Lei nº 13.199 de 29/11/2014, firmou-se entendimento, tanto na PGE/Profis como neste CONSEF, que por se tratar de norma jurídica de natureza material e não procedural, ela não pode retroagir para surtir efeito em relação a fato gerador ocorrido sob a égide da legislação tributária à época vigente, a exemplo de recentes decisões proferido pelas Câmaras de Julgamento Fiscal (Acórdãos CJF nº 0031-11/15 e 0050-12/15).

Assim, os fatos geradores ocorridos nos meses de Janeiro/09 a novembro/09, impugnados pela autuada, só seriam atingidos pela decadência a partir de primeiro de janeiro de 2015 e as medidas preparatórias para o lançamento, bem como a ciência do Auto de Infração, ocorreram ainda no exercício de 2014, havendo, portanto, o direito da Fazenda Pública de exigir o crédito tributário, relativo aos fatos geradores do exercício de 2009.

Não acolho, portanto a prejudicial de mérito suscitada pelo autuado, concernente à decadência de parte do período abrangido pela autuação.

Naquilo que se relaciona a infração 01 o autuado declarou que estranhou o lançamento efetuado, ora sob discussão, pois na fiscalização realizada anteriormente não foi encontrada qualquer irregularidade para os mesmos períodos objeto da autuação em exame.

Pois bem, de acordo com a orientação da Corregedoria da Sefaz, transcrita no relatório que precede este voto, foi sugerida emissão de Ordem de Serviço para cobrança dos valores apurados na revisão fiscal, e que nas próximas fiscalizações possam ser verificadas se houve continuidade na prática da ocorrência detectada na revisão fiscal, ou seja, comercialização de mercadorias/refeições fornecidas pelo estabelecimento, sem tributação. E foi exatamente isto que foi feito. Foi emitida a Ordem de Serviço nº 508000/14 e, em obediência, o autuante executou a fiscalização nos moldes recomendados. Frise-se que a revisão fiscal levada a efeito encontra amparo no art. 149, inciso IX do CTN, na medida em que foi detectado que houve omissão no tocante a exigência de crédito tributário.

Considerando que não houve outros argumentos do autuado no tocante ao ponto de vista formal da autuação, adentro ao exame do mérito.

Quanto à infração 01, sob o ponto de vista meritório, não houve qualquer pronunciamento do autuado, exceto quanto a prejudicial já analisada e decidida acima.

Entretanto, entendo assistir razão ao autuante ao processar a retificação dos valores lançados em relação a presente infração, isto porque, conforme pode ser visto através dos demonstrativos iniciais de fls. 17 a 19, exercício de 2009, e fls. 20 a 23, exercício de 2010, existe claro equívoco na indicação dos valores concernentes a estes exercícios, posto que foram consignadas quantias relativas aos exercícios de 2011 e 2012 não alcançadas na autuação que ora se aprecia.

Desta maneira, apesar de não questionado pela autuada os valores apurados pela fiscalização, acolho a retificação perpetrada pelo autuante, e julgo a infração 01 Procedente em Parte no valor de R\$8.533,88, sendo R\$3.661,92 para o exercício de 2009 e R\$4.871,46 para o exercício de 2010, na forma expressa à fl. 136 dos autos.

Naquilo que se refere a segunda infração os argumentos do autuado centram-se em dois pontos: o primeiro que inexiste na legislação disposição para que seja aplicada penalidade por cada mês em que se deixou de efetuar a entrega dos arquivos magnéticos nos prazos previstos na legislação, e sim, de forma única, situação em que caberia apenas a multa no valor de R\$1.380,00 e não a no valor de R\$33.120,00 aplicada pelo autuante para cada período (24 meses), em que não houve a entrega do arquivo eletrônico.

De início, não há qualquer discussão ou contestação pela falta de entrega dos arquivos eletrônicos no período autuado. A irresignação do autuado limita-se tão somente a aplicação da penalidade para cada mês em que deixou de proceder à entrega do arquivo eletrônico. Isto significa que há um claro reconhecimento da infração, e a discordância cinge-se apenas na penalidade imposta.

A legislação tributária, especificamente o Art. 42, inciso XIII-A, aplicada pelo autuante, assim estabelece:

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:

(...)

l) R\$ 1.380,00 (um mil trezentos e oitenta reais) pela falta de entrega, no prazo previsto na legislação, de arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital - EFD, ou entrega sem as informações exigidas 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 pelo não atendimento de intimação para apresentação do respectivo arquivo." Redação originária dada a alínea "l" tendo sido acrescentada ao inciso XIII-A do caput do art.

À luz do dispositivo legal acima transscrito, vigente à época da fiscalização, a penalidade a ser aplicada corresponde ao valor de R\$1.380,00 pela falta de entrega de arquivo eletrônico no prazo previsto na legislação. Portanto depreende-se que a obrigação de entregar o arquivo magnético se renova a cada mês, tendo em vista que os dados de um mês deferem do seguinte.

Ora, como está comprovado que o autuado durante vinte e quatro meses consecutivos não procedeu à entrega à SEFAZ, dos arquivos eletrônicos aos quais estava, por disposição legal, obrigado a fazer, não vejo como se aplicar apenas uma multa no valor de R\$1.380,00 conforme defende a autuada, e, sim, uma penalidade por cada período em que não ocorreu a entrega.

Quanto ao argumento do elevado valor da penalidade, isto é consequência da inobservância reiterada em descumprir uma determinação legal, situação esta que, no presente caso, se prolongou durante vinte e quatro meses consecutivos.

Mantenho a penalidade na forma expressa na autuação, no total de R\$33.120,00.

No que pertine a terceira infração, que trata da multa de 1% pela falta de entrega de arquivos magnéticos exigidos mediante intimação, o argumento central do autuado é no sentido de que houve descumprimento da

*intimação e que, por isso, caberia a penalidade no valor de R\$460,00 e não a aplicada pelo autuante no valor de R\$68.585,12.*

*De início, registro que não concordo com a decisão mencionada pelo autuado em sua defesa, a uma porque se trata de uma decisão antiga e que não encontra respaldo na jurisprudência desta Conseg, e, a duas, porque existem inúmeras decisões em contrário, da mesma época, e em períodos posteriores.*

*Neste sentido, considerando que não há qualquer impugnação por parte do autuado em relação a apuração dos valores considerados como base para a autuação, e, ainda considerando a própria redação do inciso XIII-A do dispositivo legal acima mencionado, não vislumbro qualquer medida que possa ser considerada para efeito da redução ou readequação da penalidade aplicada, que está embasada em norma legal. Vejo ainda que a base de cálculo retificada para a exigência relacionada a infração 01 não se relaciona com a considerada para efeito do cálculo da infração 03, não podendo, também por este motivo, ser efetivada qualquer redução no valor da penalidade desta infração 03.*

*Quanto ao pedido específico de redução da multa, ao amparo do § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, considero que não deve ser acolhido, especialmente no que pertine aos acórdãos mencionados, isto porque se refere a decisões antigas deste Conseg que não refletem a predominância e o entendimento prevalente neste órgão julgador.*

*Ademais, o autuado foi intimado para apresentação de informações em meio magnético, fl. 37, e, apesar disto não atendeu a intimação imposta pelo Fisco. Nesta ótica, a norma insculpida pelo Art. 42, inciso XIII-A, é taxativa, ao determinar que seja 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 pelo não atendimento de intimação para apresentação do respectivo arquivo.”*

*De maneira que, com a devida vênia, vejo que as decisões trazidas pelo autuado conflitam com a norma aqui expressa, e, ainda, considerando o extenso período em que o autuado não atendeu a exigência legal do Fisco, não vislumbro como atender seu pleito, independentemente se esse procedimento irregular interferiu ou não na execução dos trabalhos da fiscalização.*

*Mantenho a penalidade aplicada na infração 03 no valor de R\$68.585,12 sem qualquer redução.*

*Em conclusão, voto pela Procedência Parcial do presente Auto de Infração no sentido de que a infração 01 seja reduzida para o valor de R\$8.533,88 de acordo com os novos demonstrativos elaborados pelo autuante, enquanto que as demais infrações, 02 e 03, ficam mantidas nos valores originalmente lançados.”*

Inconformado com a Decisão proferida, o contribuinte formalizou Recurso Voluntário, objetivando a reforma do Julgado (fls. 170/194).

Inicialmente, teceu comentários sobre o acórdão que deseja ver reformado, pois, apesar de parcial acerto da 3ª JJF ao proferir a Decisão recorrida, os Ilustres Julgadores julgaram Procedentes as infrações 1, 2 e 3, no que tange ao mérito, porém, não reconheceram a preliminar suscitada, qual seja, a ocorrência da decadência dos fatos geradores anteriores à 30/12/2009.

Assim, inconformado, o sujeito passivo recorreu visando demonstrar que o Auto de Infração em questão deve ser considerado parcialmente decaído, bem como ter as infrações acima transcritas julgadas improcedentes.

Preliminarmente, reiterou a ocorrência de decadência parcial nas infrações 1, 2 e 3, aduzindo que:

*“Da leitura dos trechos transcritos no v. acórdão ora recorrido, os Ilustres Julgadores afirmaram que no presente caso teria que se aplicar o quanto descrito no artigo 173, inciso I, do CTN c/c o artigo 107-A do COTEB, que preveem como início do prazo decadencial o primeiro dia do exercício seguinte no qual o imposto poderia ter sido cobrado. Contudo, como os Ilustres Conselheiros sabem, o artigo 107-A do COTEB foi revogado em 29/11/2014 pela Lei de nº 13.199/2014, motivo pelo qual o referido artigo não deveria ter sido aplicado, já que a autuação foi lavrada em data posterior à apontada revogação. Inclusive, como forma de comprovar o quanto descrito acima, passará o ora Recorrente a demonstrar o caráter interpretativo do artigo 8º da Lei nº 13.199/14, e a sua aplicação ao presente caso.”*

Em sequência, defendeu o princípio da retroatividade para o artigo 8º da Lei nº 13.199/14. A não previsão do disposto no art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, no Código Tributário da Bahia, levantava dúvidas entre os operadores do direito do Estado a respeito do início da contagem do prazo decadencial a ser utilizado para tributos sujeitos ao lançamento por homologação.

Ocorre que o art. 8º da Lei nº 13.199/14 extinguiu todas as dúvidas existentes, ao revogar o tratamento genérico dado pelo COTEB a esta questão. Deste modo, percebe-se que não houve a

criação de uma nova disposição. Na verdade, a revogação apenas consolidou a aplicação das regras gerais do CTN, já existentes.

Aduz que é evidente que o art. 8º da referida lei tem função interpretativa, portanto merece efeito retroativo, com fulcro no art. 106, I, do CTN, o qual transcreve para demonstrar que a lei aplica-se a ato ou fato pretérito, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados.

Traz aos autos como suporte decisões de tribunais superiores e doutrinas de juristas renomados, para consubstanciar o entendimento de que após o advento da revogação do art. 107-A do COTEB, o Estado tem que adotar para a decadência as regras gerais do CTN.

Desta forma, tendo sido o Recorrente intimado em 30/12/2014 para pagar diferenças de ICMS, é certo que os lançamentos anteriores a 30/12/2009 já se encontram decaídos.

Adentrando ao mérito, o recorrente apenas insurge-se contra as infrações 2 e 3.

No que tange a infração 2 manifesta que nessa infração consta que o ora Recorrente “forneceu arquivos(s) magnético(s) fora do prazo”, e ao invés de ter sido aplicada uma única multa no valor de R\$1.380,00, prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea “j”, da Lei nº 7.014/96, a Fiscalização cobrou para cada mês uma multa no referido valor, o que acabou resultando no elevado valor de R\$33.120,00, já que o período abrangeu 24 meses fiscalizados.

Alega que apesar dos seus argumentos defensivos, a Ilustre Junta de Julgamento Fiscal entendeu que a aplicação da multa estaria correta, sob o fundamento de que a obrigação de entregar o arquivo magnético se renova a cada mês, tendo em vista que os dados de um mês deferem do seguinte.

Após transcrever a alínea “j” do inciso XIII-A, Art. 42 da Lei nº 7.014/96, pontua que no texto legal não há qualquer autorização para aplicação da multa de forma continuada, havendo somente a observação de que será cumulada a multa de 1% do valor das saídas, o que foi feito. Com isso requer que sejam excluídas as multas que considera excedentes e que seja mantida apenas uma única penalidade no valor de R\$1.380,00.

Adentra a infração 3, citando que discorda da conduta descrita na infração, visto que a conduta registrada refere-se a descumprimento de intimação para apresentação de arquivos magnéticos de determinado período. Desta maneira, entende que a penalidade que deveria ter sido aplicada seria aquela prevista no inciso XX “c” do já mencionado artigo e lei, no valor de R\$460,00 ao invés da penalidade no total de R\$68.585,12.

Em seu socorro, cita Acórdão originário da 2ª CJF, cujos votos que transcreveu foram no sentido de redução da penalidade, adequando-a ao previsto no citado inciso XX.

Em seguida requer a redução das multas aplicadas nas infrações 2 e 3, por entender que é perfeitamente aplicável ao caso o §7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, foram praticadas sem dolo, fraude ou simulação, além de não haver nos autos qualquer indicação de que a omissão dos arquivos teria eventualmente dificultado ou obstruído a ação fiscal, a qual foi desenvolvida sem qualquer tipo de embaraço.

Após fazer menção aos Acórdãos nº 0206-12/05 da 2ª CJF e 0186-01/02, conclui pugnando pela redução das multas das infrações 2 e 3, com fulcro no art. 42, § 7º da Lei nº 7.014/96.

Alega ainda erro na quantificação da multa da infração 3, “*haja vista que a ilustre Fiscalização considerou como “base de cálculo” da imputação toda a movimentação do estabelecimento e não apenas as saídas tributáveis, conforme determina este CONSEF.*”.

Esse tratamento indiscriminado das operações do estabelecimento para fins de incidência da multa de 1% já foi alvo, diversas vezes, de reprimenda no âmbito administrativo, do que é exemplo o Acórdão JJF N° 0273-04/02, da 4ª Junta de Julgamento Fiscal.

Requer ao final que o Auto de Infração seja julgado Parcialmente Procedente, excluindo a parte alcançada pela decadência, com o ajuste das multas impostas nas infrações 2 e 3.

A PGE/PROFIS não foi instada a se manifestar no feito.

**VOTO (Vencido quanto à infração 3)**

Consoante detalhadamente relatado, objetiva o vertente Recurso Voluntário formalizar o inconformismo do autuado em relação à Decisão da 4<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal, a qual julgou Procedente em Parte o Auto de Infração supra identificado, sob as acusações de que o contribuinte:

*Infração 01 – Recolheu a menor ICMS no total de R\$47.466,53 em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.*

*Infração 02 – Forneceu arquivo(s) magnético(s) fora dos prazos previstos pela legislação, enviado(s) via internet através do programa Validador/Sintegra. Multa no valor de R\$33.120,00, período de fevereiro/2009 a dezembro/2010, prevista pelo Art. 42, XIII-A, alínea “j” da Lei nº 7.014/96.*

*Infração 03 – Deixou de fornecer arquivo(s) magnético(s) exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas. Multa no valor de R\$68.585,12, período de fevereiro/2009 a dezembro/2010, prevista pelo Art. 42, XIII-A, alínea “j” da Lei nº 7.014/96.*

De plano, vale destacar que as razões recursais nada trazem de novo, restringindo-se a repetir as teses da peça impugnatória, nas linhas da decadência, da nulidade e da improcedência da ação fiscal.

Entretanto ocorre que, ao examinar as peças processuais constantes da procedimentalidade, constatei a existência de questão ensejadora de decretação da nulidade da infração 3, a qual pode e deve ser apreciada, de ofício, por este CONSEF, por se tratar de matéria de ordem pública, logo independendo de provocação das partes e do ingresso em juízo.

Com efeito, a descrição da infração lastreadora da autuação, “*Deixou de fornecer arquivo(s) magnético(s) exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas.*” indica ter o autuante efetuado o lançamento tributário de ofício, contendo uma inconsistência que acarreta a fragilidade do procedimento adotado na ação fiscalizadora.

Analizados os documentos que compõem a sequência adotada pelo autuante na ação fiscal, observa-se que consta, à fl. 37 dos autos, um documento intitulado “*1<sup>a</sup> INTIMAÇÃO PARA APRESENTAÇÃO DE INFORMAÇÕES EM MEIO MAGNETICO*”, dando ao contribuinte um prazo de 05 (cinco) dias úteis para apresentação dos arquivos objeto da intimação, tendo o representante autorizado da empresa autuada dele tomado ciência no dia 11/11/2014.

Consta do corpo do documento de INTIMAÇÃO de fl. 37, no campo “Observações” que segue listagem diagnóstico “Relação de Arquivos Recepçãoados”, relação esta que está acostada aos autos às fls. 38 a 54.

Daí, fácil é se perceber que o autuante, através do Termo de Intimação, fixou prazo de manifestação diverso, do previsto na legislação, para correção de arquivos já recepcionados pelo Fisco, porém com inconsistências, situação que se verifica no presente caso, pois na listagem que instrui a autuação constam arquivos recepcionados, referentes aos exercícios solicitados na intimação, 2009 a 2011 e o RICMS/BA, no seu art. 708-B é claro ao regulamentar os direitos do contribuinte, antes de sofrer a imputação fiscal:

*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.*

*Nota: O § 3º foi acrescentado ao art. 708-B pela Alteração nº 62 (Decreto nº 9.332, de 14/02/05. DOE de 15/02/05).*

*§ 4º 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.*

*Nota: O § 4º foi acrescentado ao art. 708-B pela Alteração nº 62 (Decreto nº 9.332, de 14/02/05. DOE de 15/02/05).*

**§ 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. (grifo do relator)**

Nesse contexto, firmo o entendimento, no sentido de existir, no caso versado, vício insanável que fulmina a infração 3, posto que presente procedimento incorreto na ação fiscal, principalmente o descumprimento, pelo FISCO, do prazo concedido para manifestação da empresa, o que, por si só, já ensejaria a nulidade do lançamento, a teor do art. 18, IV, “a”, do RPAF/99, segundo o qual é nulo o lançamento de ofício que não contenha elementos suficientes para se determinar, com segurança, a natureza da infração cometida e, de igual sorte, acarretando prejuízo ao pleno exercício do contraditório, por gerar insegurança jurídica.

Registre-se que a regra do § 1º do art. 18 do RPAF é inaplicável ao caso em discussão, porquanto tal norma apenas admite o saneamento do Auto de Infração na hipótese de incorreções, omissões ou inobservância de exigências meramente formais.

Desse modo, impõe-se a decretação, de ofício, da nulidade da Infração 03 pela situação de incerteza nele ocorrente, além do cerceamento do amplo e constitucional direito de defesa do sujeito passivo, não se apresentando saneável, por configurar situação de evidente discrepância identificada na ação fiscal, alusiva ao ato processual praticado pelo fiscal autuante.

Em sequência passo a analisar as argumentações trazidas pelo sujeito passivo no seu recurso, assim, sustentou, em preliminar, a prescrição dos lançamentos apurados no período anterior a dezembro de 2009, alegando ter sido o Auto de Infração lavrado em 28/12/2014, portanto, decorridos mais de cinco anos dos fatos geradores.

Após análise detida dos autos, considero razão assistir ao sujeito passivo no tocante aos itens de 01 a 11, das infrações 1, 2 e 3, cujas ocorrências se deram até a data de 30/11/2009, porquanto já firmei posicionamento, em processos similares, derredor da aplicação do instituto da decadência, sendo plausível o enquadramento do caso versado no art. 150, § 4º, ao invés do art. 173, ambos do Código Tributário Nacional.

Nesse contexto, adoto como fundamento deste Voto, o objetivo e bem exposto argumento lançado em decisões do ilustre Conselheiro RODRIGO LAUANDE PIMENTEL, exemplificativamente naquele proferido através do Acórdão nº 0002-11/15, *verbis*:

*“Ab initio, passo, de ofício, à analise de questão de ordem pública, quanto ao reconhecimento da decadência do direito de constituição do crédito tributário em relação ao presente PAF.*

*Compulsando os autos, pondera-se quanto a ocorrência da decadência do direito do Fisco de constituição do crédito tributário conforme o art. 150, §4º do CTN, pois, segundo relata, os fatos geradores ocorreram em 2008 e a autuação foi lançada somente em 30.09.2013, ou seja, cinco anos após parte dos fatos geradores.*

*Por seu turno, para decidir sobre essa questão, é necessário fazer uma reflexão sobre a edição da Súmula Vinculante nº 08 e o Parecer exarado pelo ilustre Procurador Geral do Estado da Bahia, em decorrência da diligência suscitada pelas Câmaras deste CONSEF.*

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

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

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

*Após uma análise mais apurada dos seus fundamentos, entendo que a verdadeira questão de fundo neste posicionamento do Supremo Tribunal Federal é o estabelecimento da competência legislativa e o tipo de norma*

legal adequada para prever a aplicação dos institutos da decadência e prescrição. Da leitura dos votos dos Recursos Extraordinários que embasaram o entendimento Sumular Vinculante nº 8 (RE's 556664-1, 560626-1, 559943-4, dentre outros), fica constatado com plena nitidez que o STF conclui que a prescrição e a decadência só podem ser disciplinadas por Lei Complementar de âmbito nacional, vez que são institutos gerais do direito tributário.

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

*'EMENTA: PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. MATÉRIAS RESERVADAS A LEI COMPLEMENTAR. DISCIPLINA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. NATUREZA TRIBUTÁRIA DAS CONTRIBUIÇÕES PARA A SEGURIDADE SOCIAL. INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 45 E 46 DA LEI 8.212/91 E DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 5º DO DECRETO-LEI 1.569/77. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO PROVÍDO. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. I. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. RESERVA DE LEI COMPLEMENTAR. As normas relativas à prescrição e à decadência tributárias têm natureza de normas gerais de direito tributário, cuja disciplina é reservada a lei complementar, tanto sob a Constituição pretérita (art. 18, § 1º, da CF de 1967/69) quanto sob a Constituição atual (art. 146, b, III, da CF de 1988). Interpretação que preserva a força normativa da Constituição, que prevê disciplina homogênea, em âmbito nacional, da prescrição, decadência, obrigação e crédito tributários. Permitir regulação distinta sobre esses temas, pelos diversos entes da federação, implicaria prejuízo à vedação de tratamento desigual entre contribuintes em situação equivalente e à segurança jurídica. II. DISCIPLINA PREVISTA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. O Código Tributário Nacional (Lei 5.172/1966), promulgado como lei ordinária e recebido como lei complementar pelas Constituições de 1967/69 e 1988, disciplina a prescrição e a decadência tributárias. III. NATUREZA TRIBUTÁRIA DAS CONTRIBUIÇÕES. As contribuições, inclusive as previdenciárias, têm natureza tributária e se submetem ao regime jurídico-tributário previsto na Constituição. Interpretação do art. 149 da CF de 1988. Precedentes. IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO PROVÍDO. Inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91, por violação do art. 146, III, b, da Constituição de 1988, e do parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei 1.569/77, em face do § 1º do art. 18 da Constituição de 1967/69. V. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO. SEGURANÇA JURÍDICA. São legítimos os recolhimentos efetuados nos prazos previstos nos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91 e não impugnados antes da data de conclusão deste julgamento. (RE 556664 / RS-RIO GRANDE DO SUL / RECURSO EXTRAORDINÁRIO / Relator(a): Min. GILMAR MENDES / Julgamento: 12/06/2008 / Órgão Julgador: Tribunal Pleno)' (grifo nosso)*

Diante deste inequívoco pronunciamento, está claro que, em nome da equidade e da segurança jurídica, a determinação do Supremo Tribunal Federal, via Súmula Vinculante nº 8, é no sentido de que **SOMENTE O CTN PODE PREVER PRAZOS PRESCRICIONAIS E DECADENCIAIS EM TORNO DE MATÉRIA TRIBUTÁRIA**, e, deste modo, não poderia o COTEB versar sobre esses assuntos, por se tratar de matérias reservadas a Lei Complementar, segundo mandamento constitucional e interpretação do Supremo.

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

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

Por seu turno, também devemos analisar a ressalva do início do §4º do art. 150, de que supostamente instituiria uma permissão legal para fixação de prazo diverso de decadência em outra lei.

A meu ver, para solucionar essa celeuma, devemos fazer uma interpretação jurídica com referência a dois aspectos relevantes na análise desta questão: a) a de que o CTN é anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988, ou seja, aquele Código deve se adequar aos mandamentos constitucionais e, b) a de que o entendimento esposado pelo STF, com a edição desta Súmula Vinculante, não permite o regramento de institutos gerais de direito tributário por outras normas, a não ser a Lei Complementar prevista na própria Constituição Federal, afastando automaticamente a ressalva disposta no texto original do Código Tributário, parte, que eu entendo, não fora recepcionada pela Carta Magna.

Em outras palavras, não podemos nos ater a uma interpretação literal do disposto no §4º e conceder uma permissão aos legisladores infraconstitucionais, pois, tal atitude esta em flagrante desacordo com a exegese do texto da Carta Magna e a interpretação do STF quando da expedição deste juízo Sumular. Caso contrário, não poderíamos falar em preservação da equidade e da segurança jurídica, princípios centrais e sustentadores da

*Decisão vinculante do Tribunal Superior.*

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

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

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

Em que pese o zelo sempre expedido por este órgão nos debates da matéria, devido à importância da questão em si, com consequências tributárias, administrativas e políticas práticas para o Povo e o Estado da Bahia, sinto que a falta de um posicionamento fundamentado, inequívoco e suficientemente claro deixou de trazer a necessária segurança jurídica para os administrados e para os contribuintes deste Estado. Ademais, a Resposta prestada pela PGE formalmente responde à Diligência solicitada por esta 2ª Câmara de Julgamento, mas não esclarece em nenhum aspecto, o posicionamento a ser seguido nas situações iguais esta, vivida nos autos.

Dest'arte, apreendo que a única manifestação valiosa da Resposta, exarada pelo então Procurador Geral do Estado, o Srº Rui Moraes Cruz, é a indicação da necessidade de alteração do Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB) para afastar divergências entre este e o Código Tributário Nacional. Pela importância dessa sugestão, transcrevo tal passagem:

*'Não obstante, tendo em vista o conteúdo das discussões sobre a matéria em comento, acolho a sugestão manifestada pela i. Procuradora Chefe em exercício no despacho de fls. 187/188, 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 prazo estabelecidos entre a legislação estadual e as normas gerais constantes do CTN.'*

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

Nesse contexto, devo 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, uma vez que as questões gerais de matéria tributária só podem ser dispostas em lei específica, ditada pela Constituição Federal.

Por fim, com a patente alteração de paradigma ocorrida, tenho como certa a assertiva de que não podemos mais seguir a 'antiga' jurisprudência desse Conselho, que abraçava entendimento diferente sobre a possibilidade do regramento da decadência e da prescrição. E agora, após a edição da Súmula em debate, com a legislação sob novo enfoque, devemos repensar nosso entendimento para adequá-lo à nova realidade jurídica, imposta pelo STF, mas de forma alguma aplicá-la como anteriormente se fazia (com base no COTEB ao invés do CTN), como opinou a PGE/PROFIS, sob pena de prejudicar o próprio erário estadual, ante a flagrante inconstitucionalidade do regramento estadual e de se afastar do princípio da eficiência (art. 37, caput da CF), pois, nos tempos atuais, em plena era digital, 5 anos é tempo mais que suficiente para que o Fisco lance ou perquirir qualquer soma a título de tributo.

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

Como sabido, o Código Tributário tem dois artigos dispostos sobre a decadência: o art. 150, §4º, para lançamento por homologação, e; o art. 173, I, para lançamentos de ofício. Consequentemente, para sabermos qual regramento deve ser usado, temos que definir de maneira segura, quando estamos diante de um lançamento por homologação e quando estamos diante de um lançamento de ofício.

Primeiramente, vale transcrever os artigos 150, §4º e 173, I do CTN:

‘Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(...)

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.’

(...)

‘Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado’.

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

‘Art. 107-B. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.’

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

Podemos trazer à baila, a Decisão do Agravo Regimental no Recurso Especial 117291 do Rio Grande do Sul, de relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, que muito bem expõe o entendimento consolidado do STJ:

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

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

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

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

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

5. Agravo regimental não provido.

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

Entretanto, mesmo a despeito do entendimento consagrado do STJ de que qualquer pagamento efetuado a título de tributo já afirmaria a natureza jurídica do lançamento para a espécie por homologação, vislumbro, com a devida vênia, que tal definição é extremamente fluida, sem delinear a necessária segurança jurídica que a situação

impõe.

*Pois bem, deixar a configuração do lançamento tributário ao alvitre do contribuinte não é a melhor resposta diante do ordenamento jurídico. Trilhando o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o sujeito ativo poderia 'ganhar' um ano a menos de decadência com o pagamento de apenas 0,01 (hum centavo)! Trata-se de uma situação teratológica, que não se coaduna com os princípios constitucionais da legalidade e da segurança jurídica. Desse modo, percebo que a caracterização deve advir da lei, caso a caso.*

*No caso do ICMS, em regra, vislumbro que a sua apuração é mensal, com lançamento feito pelo próprio contribuinte e a devida homologação posterior, dos cálculos e do pagamento efetuado, pela autoridade administrativa pertinente.*

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

*Por tudo exposto, conluso que as ocorrências datadas antes 30/09/2008 não mais poderão ser exigidas pelo fisco da Bahia, porquanto alcançadas pela decadência, prevista no artigo 150, §4º do CTN."*

Nessa linha de entendimento, apenas em relação aos itens acima destacados, acolho a aplicação do instituto da decadência, devendo ser deduzido da infração 1, após a correção do julgamento de piso o valor de R\$3.661,92, resultando para a imputação o valor de R\$4.871,46, para a infração 02 o valor de R\$16.560,00, resultando para a infração o valor de R\$19.320,00 e para a infração 03 o valor de R\$30.207,58, resultando para a infração o valor de R\$38.377,54.

Meritoriamente o recorrente apenas se insurgiu sobre as infrações 2 e 3, entretanto face a nulidade de ofício da infração 3 só apreciarei a infração 2.

Na infração 2 o autuado concentra a sua irresignação na tese de que inexiste na legislação disposição para que seja aplicada penalidade por cada mês em que se deixou de efetuar a entrega dos arquivos magnéticos nos prazos previstos na legislação, entendendo que nessa situação caberia apenas a multa única no valor de R\$1.380,00 e não o aplicado pelo autuante para cada mês, período (24 meses), em que não houve a entrega do arquivo eletrônico, resultando no valor total de R\$33.120,00.

O sujeito passivo não oferece qualquer contestação sobre a ocorrência da falta de entrega dos arquivos eletrônicos no período autuado. O contribuinte argui, em sua defesa o inconformismo pela aplicação da penalidade para cada mês em que deixou de proceder à entrega do arquivo eletrônico, portanto a discordância cinge-se apenas na penalidade imposta, não a ocorrência da acusação.

Ocorre que, conforme destacou a Decisão recorrida, a legislação tributária, especificamente o Art. 42, inciso XIII-A, aplicada pelo autuante, assim estabelece:

*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:*

*(...)*

*l) R\$ 1.380,00 (um mil trezentos e oitenta reais) pela falta de entrega, no prazo previsto na legislação, de arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital - EFD, ou entrega sem as informações exigidas 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 pelo não atendimento de intimação para apresentação do respectivo arquivo." Redação originária dada a alínea "l" tendo sido acrescentada ao inciso XIII-A do caput do art.*

Neste contexto a disposição, vigente à época da fiscalização, preconiza que a penalidade a ser aplicada corresponde ao valor de R\$1.380,00 pela falta de entrega de arquivo eletrônico no prazo previsto na legislação. Se as informações que compõem os arquivos magnéticos se renovam a cada mês do calendário a obrigação de entregar o quanto solicitado na legislação deve ser cumprida, tendo em vista que as informações de um mês deferem do mês consequente.

Restou confirmado, e não contestado, que o autuado nos dois exercícios apurados, ou seja, durante vinte e quatro meses consecutivos não procedeu à entrega à SEFAZ, dos arquivos

eletrônicos completos aos quais estava, por disposição legal, obrigado a fazer, logo de acordo com a previsão regulamentar não se pode aplicar apenas uma multa no valor de R\$1.380,00 e, sim, uma penalidade por cada arquivo/periódico que não houve o efetivo atendimento legal.

Assim mantendo a Decisão recorrida.

No que tange ao pedido de redução da multa, para as infrações 2 e 3, com amparo do § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, considero que não deve ser acolhido, especialmente no que pertine aos acórdãos mencionados, isto porque se refere a decisões antigas deste Conseg que não refletem a predominância e o entendimento prevalente neste órgão julgador.

De maneira que, com a devida vênia, vejo que as decisões trazidas pelo autuado conflitam com a norma aqui expressa, no art. 42 da Lei nº 7.014/96 e, ainda, considerando o extenso período em que o autuado não atendeu a exigência legal do Fisco, não vislumbro como atender seu pleito, independentemente se esse procedimento irregular interferiu ou não na execução dos trabalhos da fiscalização.

Mantendo a penalidade aplicada na infração 2 no valor de R\$33.120,00 sem qualquer redução.

Ante o exposto, voto pelo PARCIAL PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para julgar PROCEDENTE EM PARTE a autuação.

#### **VOTO VENCEDOR (Quanto à infração 3)**

Apesar da boa fundamentação expedida pelo n. Relator divirjo do seu posicionamento quanto a declaração de nulidade da infração 3.

Pela análise dos elementos contidos no processo, constato que esta infração acusa falta de fornecimento de arquivos magnéticos exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, sendo aplicada a multa prevista pelo art. 42, XIII-A, alínea “j” da Lei nº 7.014/96.

Conforme fundamentado na Decisão ora recorrida, no documento acostado à fl. 37, a fiscalização intimou o estabelecimento autuado para apresentar os arquivos magnéticos como os registros: R60R; R61; R61R e R70, com a indicação dos períodos (2009 a 2011).

Por sua vez, foi apresentado às fls. 38 a 54 “Relação dos Arquivos Repcionados” nos quais foram indicados por mês os *Registros faltantes*, com indicação de prazo de cinco dias.

Neste caso, o artigo 683 e 686 do RICMS/97 preveem a geração e manutenção dos arquivos magnéticos, que deve ser transmitido no mês seguinte da ocorrência dos fatos geradores, como previsto no art. 708-A.

O art. 708-B estabelece que sempre que for intimado, o contribuinte deve fornecer os arquivos magnéticos e se entregues com inconsistências, a fiscalização deve fornecer Listagem Diagnóstico indicando as irregularidades, concedendo prazo de 30 dias para corrigí-las. Caso não faça as correções, o parágrafo 6º do mesmo dispositivo legal estabelece que “configura não fornecimento”, ficando sujeito à penalidade prevista no art. 42, XIII-A, “j” da Lei nº 7.014/96, conforme redação vigente.

Na situação presente, a relação de recepcionamento dos arquivos acostado às fls. 38 a 54 comprovam que os arquivos foram entregues no prazo regulamentar, mas sem os registros R60R; R61; R61R e R70.

Tendo a fiscalização intimado o contribuinte para fazer a entrega dos arquivos magnéticos com os registros faltantes, é cabível a aplicação do disposto no art. 708-B do RICMS/97 que estabelece:

*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.*

Portanto, não há do que se falar em concessão de prazo de 30 (trinta) para “corrigir arquivo magnético apresentado com inconsistência”, como previsto no §5º do mesmo dispositivo e

diploma legal, visto que não se trata de inconsistências e sim de ausência de registros.

Então, nesta situação cabia ao contribuinte entregar a fiscalização os arquivos magnéticos com os registros R60R; R61; R61R e R70, que não estavam contidos nos que foram enviados no prazo.

Além disso, constato que a intimação foi feita no dia 11/11/14 (fl. 37) e o Auto de Infração foi lavrado em 29/12/14, ou seja, quase cinquenta dias depois e o estabelecimento autuado não comprovou que fez a entrega dos arquivos com a inserção dos arquivos magnéticos faltantes.

Assim sendo, é cabível a aplicação da multa prevista no art. 42, XIII-A, “j” da Lei 7.014/96, face ao descumprimento do disposto no art. 708-B do RICMS/97, que determina que o contribuinte deve fornecer ao Fisco o arquivo magnético, *“sempre que for intimado, no prazo de 5 dias úteis contados da data do recebimento da intimação”*, fato que ocorreu.

Entretanto, constato que tendo o contribuinte feito à entrega dos arquivos magnéticos com falta de registros, antes do início da ação fiscal, a intimação requisitando entrega dos arquivos com os registros faltantes foi expedida em 11/11/14. Neste caso, o prazo de vencimento pelo descumprimento da obrigação acessória deve ser o de cinco dias contados do primeiro dia útil subsequente ao do término do prazo consignado na intimação (itens 1.1 e 2.2 da Instrução Normativa 55/2014), ou seja, 18/11/14, que deve ser indicado como **“data de ocorrência”** e **“data de vencimento”** no demonstrativo de débito.

Consequentemente, considerando que as datas de vencimentos devem ser contadas a partir do momento do vencimento do prazo da intimação (18/11/14), não há do que se falar de materialização do instituto de Decadência, como apreciado pelo n.Relator.

Voto pela PROCEDÊNCIA da infração 3, com alteração das datas de “ocorrência e vencimento” para o dia 18/11/14, relativo aos itens 48 a 70 do demonstrativo de débito das fls. 5 e 6.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em Decisão por maioria quanto à infração 3, com voto de qualidade do presidente, **PROVER PARCIALMENTE** Recurso Voluntário para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207160.0013/14-6, lavrado contra **CHOPERIA BAR E RESTAURANTE LTDA.**, devendo o recorrente ser intimado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$4.871,46**, acrescido da multa de 60%, prevista pelo art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das penalidades pelo descumprimento de obrigações acessórias no montante de **R\$87.905,12** previstas nos incisos inciso XIII-A, “j”, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios conforme estabelecido pela Lei nº 9.837/05.

VOTO VENCEDOR (Infração 3) - Conselheiros(as): Eduardo Ramos de Santana, Luiz Alberto Amaral de Oliveira e Rubens Bezerra Soares.

VOTO VENCIDO (Infração 3) - Conselheiros: Valnei Souza Passos, Rodrigo Lauande Pimentel e Laís de Carvalho Silva.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de janeiro de 2017.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE – RELATOR/VOTO VENCIDO  
(Infração 3)

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – VOTO VENCEDOR  
(Infração 3)

ANA CAROLINA ISABELA MOREIRA – REPR. DA PGE/PROFIS