

A. I. N.<sup>º</sup> - 269133.3001/16-0  
AUTUADO - MECANON SUPERMERCADOS LTDA.  
AUTUANTE - JOSÉ CÍCERO DE FARIAS BRAGA  
ORIGEM - INFRAZ TEIXEIRA DE FREITAS  
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 13.07.2017

**5<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0106-05/17**

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO INDEVIDO. FALTA DE EXIBIÇÃO AO FISCO DOS DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS DO CRÉDITO FISCAL. 2. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO RELATIVO À MERCADORIA ADQUIRIDA JUNTO AO PRODUTOR NÃO INSCRITO. 3. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO NAS SAÍDAS DE MERCADORIAS REGULARMENTE ESCRITURADAS. Infrações relacionadas ao descumprimento de obrigação principal. Acusações fiscais parcialmente elididas. Exclusão das operações alcançadas pela decadência. Aplicação da regra contida no art. 150, § 4º, do CTN com base em parecer jurídico da Procuradoria Estadual. 4. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. a) FALTA DE ENTREGA DOS REGISTROS 60R – SAÍDAS - ECF, EXIGIDOS MEDIANTE PRÉVIA INTIMAÇÃO. b) FALTA DE ENTREGA NOS PRAZOS PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO. MULTA FIXA. c) INFORMAÇÕES PRESTADAS EM ARQUIVOS MAGNÉTICOS COM DADOS DIVERGENTES DOS CONSTANTES NOS DOCUMENTOS FISCAIS CORRESPONDENTES. Tratando-se de obrigação de fazer, mediante a transmissão e entrega dos arquivos magnéticos ao fisco, aplica-se o prazo decadencial previsto no art. 173, inc. I, do CTN, cujo prazo “a quo” ou inicial tem contagem a partir de 1<sup>a</sup> dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido realizado. Infrações mantidas. Não acolhida a preliminar de nulidade do ato de lançamento tributário. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão não unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 31/05/2016 para exigir ICMS e multas por descumprimento de obrigações acessórias, no valor principal de R\$80.939,81, contendo as seguintes imputações:

*Infração 01 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem apresentar o competente documento comprobatório do direito ao referido crédito. Aquisições de pessoas físicas (contribuintes não inscritos no cadastro estadual do ICMS – Bahia), na qualidade de responsável solidário, através de emissões de notas fiscais de entrada, sem a devida apresentação do documento de arrecadação estadual (DAE), não comprovando assim o recolhimento antecipado do imposto (art. 92, I, do RICMS/1997) e consequentemente seu direito ao crédito do imposto, conforme demonstrativo constante do Anexo 05. Valor exigido: R\$8.851,99. Ocorrências verificadas nos meses de janeiro a dezembro de 2011. Multa de 60%, prevista no art. 42, inc. VII, letra “a”, da Lei nº 7.014/96.*

*Infração 02- Deixou de recolher o ICMS referente à aquisição de mercadoria de produtor rural ou extrator não escrito no cadastro estadual do ICMS na qualidade de responsável solidário.*

*Responsabilidade solidária que também se aplica aos casos de aquisição de mercadorias de pessoas físicas (não inscritas no cadastro estadual de contribuintes do ICMS – Bahia), conforme art. 125, III, “b”, do RICMS/97, tendo inclusive sido emitidas notas fiscais de entrada pelo responsável solidário adquirente, que é inscrito no cadastro estadual do ICMS, conforme Demonstrativo constante do Anexo 06. Valor exigido: R\$8.851,99. Ocorrências verificadas nos meses de janeiro a dezembro de 2011. Multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “f”, da Lei nº 7.014/96.*

**Infração 03** – *Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Conforme Demonstrativo constante do Anexo 01. Valor exigido: R\$7.901,26. Ocorrências verificadas nos meses de janeiro a outubro de 2011. Multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “a”, da Lei nº 7.014/96.*

**Infração 04** - *Deixou de fornecer informação por arquivos magnéticos com informações das operações, ou forneceu com valores divergentes aos escriturados. Não atendimento de intimação subsequente para apresentação dos arquivos Sintegra com o nível de detalhamento exigido pela legislação (falta dos registros 60R – saídas dos ECF’s – nos meses de novembro e dezembro 2011). Demonstrativo da base de cálculo da multa de 1% sobre o maior valor das entradas ou saídas, constante do Anexo 04. Valor da penalidade: R\$9.257,74. Descumprimento de obrigação acessória. Multa prevista no art. 42, inc. XIII-A, letra “j”, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 10.847/07.*

**Infração 05** – *Falta de entrega de arquivo eletrônico nos prazos previstos na legislação ou pela entrada sem nível de detalhe exigido pela legislação. Falta de entrega dos arquivos 60R (saídas do ECF’s) nos meses de novembro e dezembro de 2011, conforme relação dos arquivos e registros Sintegra recepcionados pelo sistema SCAM (Sistema de Controle de Arquivos Magnéticos) e intimação para apresentação de justificativas pela não apresentação de arquivo 60R, documentos constantes do Anexo 04. Valor da penalidade: R\$2.760,00. Multa prevista no art. 42, inc. XIII-A, letra “j”, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 10.847/07.*

**Infração 06** – *Forneceu arquivos magnéticos enviados via Internet através do Programa Validador/SINTEGRA com dados divergentes dos constantes dos documentos fiscais correspondentes, ficando o valor da multa limitado a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações divergentes. O contribuinte não apresentou os arquivos magnéticos retificadores dos meses de janeiro a outubro de 2011, após ser intimado para efetuar as correções das inconsistências, conforme listagem diagnóstico, fornecida ao mesmo, e que se encontra no Anexo 02, sendo que o Demonstrativo da base de cálculo da multa de 5% da inconsistências, limitada a 1% das saídas, encontra-se no Anexo 03. Valor da penalidade: R\$43.316,83. Multa prevista no art. 42, inc. XIII-A, letra “i”, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 10.847/07.*

O contribuinte foi notificado do lançamento de ofício em 01/06/2016, através de intimação pessoal, por aposição do ciente realizada por seu representante legal.

Em razões preliminares suscitou a decadência e a “prescrição” de parte dos créditos tributários reclamados, sustentando que o lançamento em lide é de natureza homologatória, sujeitando a contagem de prazo a partir da ocorrência dos fatos geradores. Que os fatos jurídicos objeto da exigência fiscal ocorreram a mais de cinco anos, estando, portanto, alcançados pelo instituto da “prescrição”.

Em relação a esse tema fez diversas considerações e transcreveu na peça impugnatória lições doutrinárias dos professores tributaristas Luciano Amaro e Hugo de Brito Machado.

No mérito, em relação à infração 01 declarou que os créditos fiscais glosados estão relacionados às notas fiscais emitidas pela própria requerente a fim de dar origem às mercadorias advindas de pessoas físicas, entretanto não foi aproveitado o crédito de ICMS da operação; situação comprovada pelo livro de Registro de Entradas de mercadoria onde não foi destacado o valor do

ICMS da operação e consequentemente não foi aproveitado o crédito ora cobrado, tal circunstância apresentada pelo agente fiscalizador foi que nos registros de entrada apresentados pelo SINTEGRA, os créditos constavam na relação de aproveitamento, mas que não ocorreu de fato.

Em relação à infração 02 declarou que a mesma improcede em razão das disposições do art. 14 do RICMS/97, que estabelece a regra de isenção das Operações com Produtos Hortifrutigranjeiros, Agropecuários e Extrativos Animais e Vegetais, com o seguinte comando normativo.

**Art. 14. São isentas do ICMS as operações com hortaliças, frutas, animais, produtos agropecuários e produtos extrativos animais e vegetais: I - nas saídas internas e interestaduais efetuadas por quaisquer estabelecimentos, exceto se destinados a industrialização, dos seguintes produtos hortícolas e frutícolas em estado natural, resfriados ou congelados (Conv. ICM 44/75 e Conv. ICMS 94/05).**

Portanto, as mercadorias mencionadas no auto de infração não seriam passíveis de pagamento de ICMS.

Reconheceu em seguida que procede a exigência fiscal que integra o item 03 do Auto de Infração.

No tocante às infrações 04, 05 e 06, reiterou o argumento de que as mesmas estão extintas pela “prescrição” dos créditos tributários e que deve ser aplicado ao caso o Princípio da boa fé objetiva uma vez que não ficou configurada em momento algum a litigância de má fé por parte da requerente.

Alegou em acréscimo que o foco da fiscalização que culminou no auto de infração em lide tem como base as informações inconsistentes contidas no arquivo SINTEGRA, do contribuinte, evidenciando o cerceamento de defesa.

Que Processo Administrativo é o instrumento utilizado para resolver o conflito existente entre fisco e o contribuinte, sem que se necessite buscar a solução no Poder Judiciário. Não obstante, a qualquer momento pode o litigante no processo administrativo buscar também o judiciário, embora isso, na prática, configure desistência da via administrativa.

A partir da leitura do art. 5º, inc. LV da Constituição de 1988, argumentou que o processo administrativo ganhou importância, uma vez que, antes disso, era normalmente usado apenas como meio de convalidar os atos praticados pelos agentes públicos. Dentre outras vantagens sobre o processo judicial, o administrativo oferece gratuidade, celeridade e julgamento por especialistas na matéria.

Depois dessas considerações afirmou que os documentos necessários para realização do procedimento fiscal foram entregues no prazo acertado com o agente fiscal. Que a autoridade administrativa, na aplicação da legislação ou na solução de conflitos, deve atuar com observância da boa-fé nos seus atos, mas também tem o dever de avaliar a boa-fé na conduta dos contribuintes, especialmente nos casos em que há o dever de aplicação da legislação tributária, no interesse em dar cumprimento à legalidade de seus atos.

Ao final, a impugnante formulou pedido pela improcedência da autuação por cerceamento ao direito de defesa uma vez que “*o SINTEGRA, foram entregues ao agente fiscalizador, que por sua vez não foi constatada nenhum subterfúgio acobertar nenhum ato ilícito sendo desprezada toda prova material a disposição do agente fiscalizador*”.

Foi prestada informação fiscal em 11/08/2016, firmada pelo autuante.

Quanto às preliminares de prescrição/decadência o autuante disse não comungar com o entendimento do defendant, mas com o voto expedido, em situação similar, no Acórdão nº 0052-05/16 da 5ª Junta de Julgamento Fiscal, com o seguinte teor nas partes mais relevantes:

**VOTO**

(...)

*Verifico, quanto à alegação de decadência, que o impugnante, que é acompanhado pelo autuante, albergados no que dita o § 4º do art. 150 da CTN, argumenta que a autuação deu-se em 01/06/2015, assim, os fatos geradores, relativos às exigências tributárias concernentes aos períodos de janeiro a maio de 2010*

*foram alcançados pela decadência. Essa questão é deveras remansosa nesse Contencioso Administrativo, alvo de inúmeros acórdãos, em que reiteradamente é majoritariamente decidida sob o mesmo enfoque hermenêutico a exemplo dos Acórdãos CJF nos 0113/12-05, 0102/12-05, 0004-11/06 e 0009-12/08.*

*O Código Tributário Nacional permitiu que, através de lei, o ente federativo respectivo possa estipular outra contagem de prazo para aplicação dos efeitos decadenciais, conforme alinhado no § 4º do art. 150.*

*A legislação do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento e, por isso, não é acatada a alegação referente à determinação do art. 150, § 4º, do CTN, que prevê: “se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador”.*

*O disposto no art. 107-A, I do COTEB, instituído pela Lei nº 3.956/81, vigente à época dos fatos geradores, que em sua essência transcreve o art. 173, I do CTN, estabelece como prazo de decadência 5 anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.*

*A revogação do art. 107-A da Lei nº 3.956/81 dada pela Lei 13.199/14 não retroage os efeitos para antes de 29/11/14. Esse entendimento acompanha a jurisprudência desse CONSEF e da PGE/PROFIS, de que a revogação do art. 107-A do COTEB decorrente do advento da Lei nº 13.199 de 29/11/2014, por se tratar de norma jurídica de natureza material e não procedural, não pode retroagir para surtir efeito em relação a fato gerador ocorrido sob a égide da legislação tributária à época vigente. (Acórdãos CJFs nos 0031-11/15 e 0050-12/15).*

*Assim, os fatos geradores ocorridos no exercício de 2010 só seriam atingidos pela decadência a partir de primeiro de janeiro de 2016 e as medidas preparatórias para o lançamento, bem como a ciência do Auto de Infração ocorreram ainda no exercício de 2015, não havendo, portanto, a extinção do direito da Fazenda Pública de exigir o crédito tributário, relativo aos fatos geradores do exercício de 2010”.*

(...)

Sustenta o autuante que a exigência fiscal está revestida de legalidade, pois as datas de ocorrências dos fatos geradores, de janeiro a dezembro de 2011, são anteriores à revogação do art. 107-A do COTEB, através da Lei nº 13.199/14, com a decadência só ocorrendo a partir de 01/01/2017.

No tocante à exigência da infração 01, atinente à utilização indevida de crédito fiscal, afirmou que os valores glosados foram efetivamente aproveitados pelo contribuinte, conforme cópias das folhas do registro de entradas, referentes às notas fiscais contidas no demonstrativo do crédito indevido, constantes do anexo 05 do Auto de Infração.

Para a infração 02, referente à falta de pagamento do ICMS de mercadorias adquiridas junto ao produtor sem inscrição estadual, disse que o autuado tentar enquadrar os produtos que compõem o demonstrativo desta infração (queijo e manteiga), e que os mesmos não estão enquadrados nas disposições do inciso I, do art. 14 do RICMS/97 – Dec. 6.284/97, em vigor na época dos fatos.

Atinente à infração 03 que contempla a imputação de recolhimento a menor do ICMS em decorrência da aplicação da alíquota diversa na legislação afirmou que essa infração não foi contestada pelo contribuinte que a considerou procedente.

Quanto às infrações relacionadas aos arquivos magnéticos (itens 04, 05 e 06 do A.I.) declarou quanto a preliminar de decadência/prescrição que os fatos geradores de janeiro a dezembro de 2011, poderiam ser lançados até 31/12/2016, com a decadência só ocorrendo a partir de 01/01/2017.

Quanto às alegações relacionadas ao princípio da boa fé objetiva e a ausência de litigância de má fé, o autuante transcreveu na peça informativa as disposições do § 2º do art. 40 da Lei 7.014/96 para afirmar que as responsabilidades pelas infrações independem da intenção do agente ou beneficiário.

Relativamente à utilização de informações inconsistentes contidas nos arquivos Sintegra, declarou que neste auto de infração as infrações 01 e 02 tiveram por base as notas fiscais eletrônicas de entradas. Já a infração 03 - tomou como base os registros Sintegra 60R – Saídas ECF de janeiro a outubro de 2011 apresentados inicialmente, sendo esta infração considerada procedente pelo próprio contribuinte o que caracterizaria a consistência das informações fornecidas inicialmente pelo mesmo, especificamente sobre o registro 60 R do Sintegra.

Em seguida declarou que infração 04 decorreu da falta do fornecimento de arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação (Não atendimento de intimação subsequente para apresentação dos registros 60R – Saídas ECF – nos meses de novembro e dezembro de 2011);

A infração 05 - foi referente à falta de entrega dos arquivos 60 R – saídas ECF nos meses de novembro e dezembro de 2011 e finalmente a infração 06 – trata da não apresentação dos arquivos SINTEGRA retificadores dos meses de janeiro a outubro de 2011, após ser intimado para efetuar as correções das inconsistências.

Pede, em função de todas as argumentações acima apresentadas, que o A.I. seja julgado totalmente PROCEDELENTE.

Em 29 de setembro de 2016 o presente PAF foi remetido em diligência à PGE/PROFIS para emissão de Parecer Jurídico acerca das questões atinentes à decadência à luz da Súmula Vinculante (SV) do STF nº 08/2008, a reiterada jurisprudência do STJ em recursos repetitivos e as mais recentes decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia sobre a matéria.

O Parecer Jurídico da lavra do Procurador, Dr. José Augusto Martins Junior, foi anexado às fls. 119 a 134 v. dos autos.

Autuante e autuado foram notificados do inteiro teor do parecer da PGE/PROFIS, conforme atesta os termos de intimação juntados às fls. 137 a 139. Após o decurso do prazo de 10 (dez) dias não apresentaram novas razões.

## VOTO

O Auto de Infração em lide é composto de 06 (seis) imputações conforme foram detalhadamente apresentadas no Relatório, parte integrante e inseparável do presente Acórdão.

O contribuinte, na peça de defesa suscitou a nulidade do procedimento fiscal por cerceamento ao direito de defesa.

No tocante à alegada nulidade do Auto de Infração não vislumbro razões para se decretar a invalidação do lançamento de ofício. Isto porque houve, na peça acusatória, a descrição precisa dos fatos considerados infração à legislação tributária, o enquadramento desses fatos na legislação de regência do imposto e a juntada de demonstrativos, intimações, documentos e cópias reprográficas de livros do ICMS que dão lastro às imputações fiscais. Para a infração 01 – Anexo 5 (fls. 12 a 44); infração 02 – Anexo 6 (fls. 45 a 47); Infração 03 – Anexo 1 (fls. 48 a 68); Infrações 04 e 05 -Anexo 4 (fls. 69 a 82); e, Infração 06 – Anexo 5 (fls. 83 a 84). Não se verificou, no caso concreto, imprecisão na acusação nem cerceamento ao direito de defesa, de forma que foi possível ao contribuinte desenvolver as teses defensivas relacionadas ao mérito da autuação e a este órgão julgador proferir decisão sobre as questões de fundo (substanciais) alegadas pelas partes. É o que passaremos a fazer a partir de agora.

Em razões preliminares de mérito, a defesa suscitou a decadência de parte dos créditos reclamados. Inicialmente observo que o Auto de Infração em lide foi concluído com a sua lavratura e posterior intimação do sujeito passivo, concretizada em 01/06/2016. Os fatos geradores do lançamento fiscal alcançaram os meses do exercício de 2011. Trata-se de lançamento por homologação, situação em que se aplicam as disposições do art. 150, § 4º, do CTN, em relação aos fatos geradores em que o contribuinte declarou e pagou, ainda que a menor, o imposto apurado na escrita fiscal, conforme entendimento explicitado pela PGE no Parecer acostado às fls. 113 a 115 deste PAF.

Dispõe o art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional as seguintes normas:

*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.

Verifico que as infrações 01, 02 e 03 estão relacionadas ao descumprimento de obrigação principal. Referem-se a imposto lançado na escrita fiscal do contribuinte, a partir das notas fiscais emitidas pelo mesmo (infrações 01 e 02) ou cupons fiscais ECF (infração 03). São, portanto, operações que foram objeto de apuração pelo contribuinte, com dedução de créditos pelas entradas na conta corrente fiscal e quantificação do imposto nas operações de saídas através dos equipamentos emissores de cupons fiscais (ECF's). Nessas situações aplica-se o prazo de decadência estabelecido no art. 150, § 4º, tendo por termo “*a quo*” ou inicial a data de ocorrência dos fatos geradores.

Considerando que o Auto de Infração foi lavrado e concluído em 01/06/2016, com a notificação ao contribuinte, os créditos tributários anteriores a 5 (cinco) anos, ou seja, relacionados aos fatos geradores ocorridos antes 01/06/2011, estão atingidos pela decadência. Estão extintos, portanto, os créditos tributários relacionados à exigência de ICMS dos meses janeiro a maio de 2011.

Passo agora a examinar as respectivas imputações fiscais no que se refere aos valores remanescentes.

O contribuinte na fase de defesa reconheceu a procedência da infração 03 que contém a acusação de recolhimento a menor do ICMS em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação de regência do imposto. Esta exigência fiscal tem lastro probatório o Anexo 1 do A.I., inserido às fls. 49 a 68. Excluídos os períodos alcançados pela decadência, remanesce a cobrança em relação aos meses com data de ocorrência em 30/06; 31/07, 31/08, 30/09 e 31/10 do exercício de 2011, totalizando a cifra de R\$6.036,69, conforme Demonstrativo abaixo:

DEMONSTRATIVOS DE DÉBITOS INFRAÇÃO 03

DATA OCORR.	DATA VENC.	INFRAÇÃO 03
30/06/2011	09/07/2011	1.168,27
31/07/2011	09/08/2011	1.084,82
31/08/2011	09/09/2011	1.485,28
30/09/2011	09/10/2011	1.163,14
31/10/2011	09/11/2011	1.135,18
TOTAL		6.036,69

Nas infrações 01 e 02 estão consignadas as cobranças de crédito indevido por falta de apresentação do documento referente ao direito e falta de pagamento do imposto nas aquisições junto a produtor não inscrito no cadastro do ICMS. Trata-se de ocorrências que estão diretamente interligadas.

Na infração 01, atinente à utilização indevida de crédito fiscal, os valores glosados estão vinculados a notas fiscais de entrada emitidas pelo autuado para acobertar aquisições de mercadorias junto a produtores/contribuintes não inscritos no CAD-ICMS (cadastro do ICMS).

Os referidos créditos foram efetivamente aproveitados pelo contribuinte, conforme cópias das folhas do registro de entradas do estabelecimento autuado (fls. 15 a 44), com compensação na conta corrente fiscal do ICMS, de acordo com as DMAs, cujas informações estão disponíveis nos bancos de dados da SEFAZ-BA, no sistema INC (Informações do Contribuinte). Excluídos os períodos alcançados pela decadência, remanesce a cobrança em relação aos meses com data de ocorrência em 30/06; 31/07, 31/08, 30/09, 31/10; 30/11 e 31/12 do exercício de 2011, totalizando a cifra de R\$6.088,48, conforme Demonstrativo abaixo:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO – INFRAÇÃO 01

DATA OCORR.	DATA VENC.	INFRAÇÃO 01
30/06/2011	30/06/2011	795,30
31/07/2011	31/07/2011	952,88
31/08/2011	31/08/2011	1.076,90
30/09/2011	30/09/2011	751,28
31/10/2011	31/10/2011	889,76
30/11/2011	30/11/2011	768,78
31/12/2011	31/12/2011	853,58
TOTAL		6.088,48

Na infração 02, a exigência fiscal recai sobre a falta de pagamento do ICMS de mercadorias adquiridas junto ao contribuintes/produtores sem inscrição estadual e não obrigados a emissão de documentos fiscais, na condição de responsável solidário, conforme previsto no art. 39, inc. VIII, do RICMS/1997, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores.

A defesa argumentou que os produtos objeto da autuação estavam enquadrados nas normas de isenção contidas nas disposições do inciso I, do art. 14 do RICMS/97 – Dec. nº 6.284/97, que trata dos produtos hortifrutigranjeiros. A alegação empresarial, todavia, não tem respaldo nos documentos que serviram de base probatória da autuação, visto que a cobrança do imposto recaiu sobre as aquisições de queijo e manteiga, conforme consta do Anexo 6 do Auto de Infração (fls. 45 a 47), produtos que não estão inseridos na norma isencional citada pela defendant. Excluídos os períodos alcançados pela decadência, remanesce a cobrança em relação aos meses com data de ocorrência em 30/06; 31/07, 31/08, 30/09, 31/10; 30/11 e 31/12 do exercício de 2011, totalizando a cifra de R\$6.088,48, conforme Demonstrativo abaixo:

DEMONSTRATIVOS DE DÉBITOS INFRAÇÃO 02

DATA OCORR.	DATA VENC.	INFRAÇÃO 02
30/06/2011	09/07/2011	795,30
31/07/2011	09/08/2011	952,88
31/08/2011	09/09/2011	1.076,90
30/09/2011	09/10/2011	751,28
31/10/2011	09/11/2011	889,76
30/11/2011	09/12/2011	768,78
31/12/2011	09/01/2012	853,58
TOTAL		6.088,48

Passo a examinar a partir de agora as infrações 04, 05 e 06 vinculadas ao descumprimento de obrigações acessórias relacionadas aos arquivos magnéticos do SINTEGRA, com as imputações, respectivamente, de falta de entrega dos arquivos exigidos mediante intimação, não entrega nos prazos previstos na legislação e fornecimento de arquivos com inconsistências.

Inicialmente observo que a ação fiscal foi deflagrada com a lavratura do Termo de Início de Fiscalização datado de 1º de abril de 2016 (doc. fl. 08), sendo lavrado no mesmo procedimento intimação para entrega de livros e documentos (doc. fl. 09) e intimações específicas para a retransmissão dos arquivos magnéticos dos meses de novembro dezembro de 2011, não enviados pelo contribuinte nos prazos previstos na legislação (doc. fl. 75) e listagem diagnóstico com intimação para a correção das inconsistências dos arquivos magnéticos SINTEGRA no prazo de 30 (trinta) dias (doc. fls. 77 a 80). Foram obedecidos os ritos procedimentais para a constituição do crédito tributário, com a formalização das mencionadas intimações, não havendo vícios formais que maculem de nulidade o procedimento fiscal em exame.

Observo, no mérito, que as obrigações de apresentação dos arquivos magnéticos estão no rol das denominadas obrigações instrumentais ou acessórias (obrigações de fazer). São informações indispensáveis e necessárias para que o fisco possa aplicar os roteiros de fiscalização a partir dos registros de entradas, saídas, estoques etc. O não cumprimento dessas obrigações pelo sujeito passivo enseja a aplicação de penalidades pecuniárias, observado os procedimentos legais para lançamento das mesmas, previstos na legislação, com especial destaque para a prévia e necessária intimação visando a correção das inconsistências ou omissões, conforme exposto linhas acima.

Tratando-se de obrigação de fazer, mediante a transmissão e entrega dos arquivos magnéticos ao fisco, aplica-se o prazo decadencial previsto no art. 173, inc. I, do CTN, cujo prazo “*a quo*” ou inicial tem contagem a partir do 1º dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido realizado. Diante da inércia do contribuinte de não apresentar os arquivos ou apresentá-los com inconsistência não há ato a ser homologado pelo fisco. Nessa linha de entendimento, considerando que o Auto de Infração foi lavrado em 01/06/2016, o prazo de decadência em relação aos fatos geradores verificados no exercício de 2011 teve início em 01/01/2012, encerrando-se em 31/12/16, de forma que não se encontrava extinto o direito do fisco de lançar as penalidades por descumprimento das obrigações instrumentais cobradas neste Auto de Infração.

Diante do acima exposto, concluo que as penalidades lançadas nos itens 04, 05 e 06 devem ser mantidas.

Frente ao acima exposto voto pela procedência parcial do A.I. com a redução do débito tão somente das infrações 01, 02 e 03, conforme demonstrativos reproduzidos acima.

#### **VOTO VENCEDOR – DIVERGÊNCIA PARCIAL QUANTO À PRELIMINAR DE DECADÊNCIA**

Peço vênia para discordar do posicionamento do colega Relator, no que concerne à norma de decadência, em razão de também ter alcançado os fatos ocorridos em 31/05/2011, em razão de o Auto de Infração ter sido lavrado em 31/05/2016.

Valho-me da doutrina em que o Dr. Eurico Marcos Diniz de Santi, na sua Obra Decadência e Prescrição no Direito Tributário, (2ª Edição, Ed. Max Limonad), parte da análise do sentido da expressão ato administrativo, e ressalta que “Especificamente na Ciência do Direito, romper os limites da linguagem é alargar os horizontes para a compreensão do direito”. Nesse sentido ressalta que “assim como ocorre com posse no direito civil, ato administrativo apresenta mais de uma acepção no direito administrativo. Que é ato administrativo? Ato de aplicação do direito? Ou é justamente o produto desse ato, quer dizer uma norma individual e concreta? Ou era o documento legal veiculador desse ato de concreção do direito?”.

Percorrendo seu pensamento aduz que o ato administrativo (processo), produz o ato administrativo (produto), ao passo que o ato legislativo (processo) produz a lei (produto) e o ato judicial (processo), produz a sentença (produto).

No lançamento tributário, temos “o lançamento” como norma individual e concreta produzida pelo agente fiscal e decorre de procedimento administrativo realizado por autoridade administrativa. Nesse mesmo sentido optou o diretor do art. 142 do CTN, que exclui do sentido de lançamento a norma individual e concreta formalizada pelo sujeito passivo da obrigação tributária:

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

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

No caput e no parágrafo único desse dispositivo, conforme assinala Lúcia Valle Figueiredo (Curso de Direito Administrativo p.137), lançamento está empregado na acepção de

procedimento formalizador do crédito tributário. Trata-se, pois, de norma de competência administrativa orientada para a conformação do ato-fato administrativo de lançamento tributário, disciplinando o ato do direito dirigido a constituir o crédito.

Dessa forma, o que está de acordo com o previsto no art. 142, é que o lançamento é realizado pela autoridade administrativa, ou seja, introduzido como ato-norma administrativo no ordenamento jurídico, pela autoridade administrativa. Constitui então o lançamento, norma individual e concreta de formalização do crédito tributário.

Caso a autoridade descumpra o dever de lançar, decorre a responsabilidade funcional; do não exercício do poder de lançar ocorre a decadência. Nos dois casos a figura central é o agente administrativo, que será punido pelo Estado - administração caso não cumpra o dever de lançar no prazo determinado, e que perderá o direito de constituir o crédito, caso não cumpra o prazo determinado para exercer o poder de lançar.

Portanto o vínculo funcional entre agente e Estado **estrita** o controle sobre a atividade de constituição do crédito e a figura da autoridade administrativa é tão valorizada no CTN para a realização do ato-fato de lançamento tributário, caput do Art. 142, do CTN, adrede destacado.

Logo, ao aplicar a regra de decadência, o sistema jurídico extingue o direito de constituir o ato administrativo de lançamento tributário. Segundo a conceituação de Maria Helena Diniz, a decadência é “a extinção do direito pela inação de seu titular que deixa escoar o prazo legal ou voluntariamente fixado para o seu exercício”.

Diante dessas explanações sobre a decadência, e sobre o lançamento do crédito tributário, atribuído ao agente fiscal, nos termos do Art. 142 do CTN, entendo que como o Auto de Infração foi lavrado em 31/05/2016, a autoridade lançadora teria o prazo de 05 anos a contar da ocorrência do fato gerador para constituir o crédito tributário, podendo então fazê-lo para os fatos geradores ocorridos, inclusive, no dia 31/05/2011, razão porque as ocorrências relativas ao mês de maio de 2011, devem permanecer na exigência do Auto de Infração, referentes às infrações 01, 02 e 03.

Outrossim, não pode o fisco ficar à mercê da assinatura do contribuinte no Auto de Infração, ou seja do seu recebimento, fato que pode ocorrer não somente de forma pessoal, mas por Edital ou outras modalidades previstas no Regulamento Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto 7.629/99.

Voto pela procedência em parte das infrações 01, 02 e 03, com a manutenção da exigência relativa ao mês de maio de 2011.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269133.3001/16-0**, lavrado contra **MECANON SUPERMERCADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$20.546,73**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letras “a” e “f” e inc. VII, letra “a”, da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias, totalizando o valor de **R\$55.334,57**, previstas no art. 42, inc. e XIII-A, alíneas “j” e “i” da citada Lei com a redação dada pela Lei nº 10.847/07.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de junho de 2017.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - PRESIDENTE

TOLSTOI SEARA NOLASCO – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA/VOTO VENCEDOR  
(Divergência parcial quanto à decadência)