

PROCESSO - A. I. Nº 269133.3001/16-0
RECORRENTE - MECANON SUPERMERCADOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª nº 0106-05/17
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 16/07/2018

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0134-11/18

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO INDEVIDO. FALTA DE EXIBIÇÃO AO FISCO DOS DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS DO CRÉDITO FISCAL. Afastada a exigência fiscal visto que tal lançamento está contemplado na infração 2. Modificada a Decisão recorrida. 2. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO RELATIVO À MERCADORIA ADQUIRIDA JUNTO AO PRODUTOR NÃO INSCRITO. Acolhida a arguição de decadência. Também em relação ao mês maio/11 com a fundamentação contida no voto vencido da decisão de piso. 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 1ª 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. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão não unânime.**

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário contra o julgamento proferido pela 5ª JJF, referente o 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.

Diante dos argumentos apresentados pelo recorrente, fls. 89 a 99, assim se posicionou a 5ª JJF:

“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 defendente. 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 diretivo 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.”

Inconformado o recorrente, tempestivamente, apresentou Recurso Voluntário, fls. 165 a 179 em que busca desconstituir a lavratura do Auto de Infração e o julgamento proferido pela 5ª JF, apresentando as alegações já constantes da sua primeira peça defensiva.

Inicialmente trata o recorrente do que seja o Poder Discricionário da Administração Pública, fazendo descrição do venha a ser Atos Administrativos e seu relacionamento com a

discricionariiedade, quando cita diversos autores para embasar o seu entendimento do venha a ser tal instituto.

Em sequência busca definir o que venha a ser Cerceamento de Defesa, apresentando o que dispõe a Constituição Federal no Artigo 5º, LV, acrescentando em sua peça defensiva citação de Maria Sylvia Zanella di Pietro, que aborda a respeito do direito ao contraditório, assim como pronunciamentos de Gilmar Ferreira Mendes, adentrando no que vem a ser o SINTEGRA como meio de controle da administração tributária, alegando que a mesma não pode prescindir de outras provas a favor do contribuinte, devendo as mesmas terem supremacia sobre os arquivos apresentados.

Em sua argumentação o recorrente trata DA DECLARAÇÃO DE PRESCRIÇÃO EX OFÍCIO NA VIA ADMINISTRATIVA, tomando como certa a decadência do período de Janeiro a Maio de 2011, após tecer considerações filosóficas sobre o tema, afirma: *se a prescrição, em matéria tributária, atinge o direito, fazendo-o desaparecer, a Administração Pública, não pode, em nome do princípio da moralidade (modalidade proteção à confiança) ajuizar dívida prescrita.*

Dando sequência a sua peça de Recurso, o recorrente passa a tratar do tema **DO CARÁTER CONFISCATÓRIO DA MULTA APLICADA,**

Analizando o tema o recorrente em sua peça recursal afirma: *O que cabe ao Agente fiscalizador é o poder que detém o agente administrativo de ponderar aplicabilidade da norma levando em consideração fatores como: jur em direito civil, manobra ou artifício que se inspira em má-fé e leva alguém a induzir outrem à prática de um ato com prejuízo para este; jur em direito penal, a deliberação de violar a lei, por ação ou omissão, com pleno conhecimento da criminalidade do que se está fazendo. Os impostos sempre que possível, terão caráter pessoal e graduados segundo a capacidade econômica (contributiva) dos contribuintes.*

Afirma ser a multa reclamada no processo em lide de caráter confiscatório, alegando em seu favor o que dispõe a Constituição Federal no Artigo 150, inciso IV, citando autores que se debruçaram sob o tema, a exemplo de Aliomar Baleeiro em seu livro LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS AO PODER DE TRIBUTAR, (Forense, 6ª ed., pp. 213 e seguintes), destacando: *"Dentre os efeitos jurídicos do art. 153, parágrafos 1º, 11 e 22, se inclui o da proibição de tributos confiscatórios, como tal entendidos os que absorvem parte considerável do valor da propriedade, aniquilam a empresa ou impedem exercício de atividade lícita e moral."*

Analizando o tema Caráter Confiscatório do Tributo, cita o acordo de MARSHALL, em 1819, no caso Mc. Culloch vs. Maryland e as afirmativas do juiz americano Holmes, quando afirmam que *o poder de tributar era inseparável do dever de conservar.*, para afirmar que a imposição da multa imposta através o Auto de Infração poderia decretar a insolvência do recorrente com reflexo nas suas relações com fornecedores, empregados e outros parceiros. Ainda na análise da tese se Confisco cita CELSO RIBEIRO BASTOS e IVES GANDRA MARTINS (Comentários à Constituição do Brasil, 6º vol., tomo I, pp. 161/165).

"O quinto princípio a limitar o poder de tributar é o de vedação de confisco, a que já me referi ao analisar o princípio da capacidade contributiva. Não é fácil definir o que seja confisco, entendo eu que, sempre que a tributação agregada retire a capacidade de o contribuinte se sustentar e se desenvolver (ganhos para suas necessidades essenciais e ganhos superiores ao atendimento destas necessidades para reinvestimento ou desenvolvimento), estar-se-á perante o confisco".

Por fim, ao encerrar sua peça recursal o recorrente pede:

- a) que seja, desde já, extinta a exigibilidade do quantum reclamado; ou se preferir os Doutos julgadores demandarem novos procedimentos a fim de apurar a verdade real dos fatos por meio de diligência nos livros próprios de entrada, saída e apuração de ICMS;
- b) que seja devidamente reformado o acórdão proferido pelos ilustres julgadores, no tocante a decadência dos atos praticados no ano de 2011, pela segurança jurídica plasmado na Lei n.º 5.172/1966, nos artigos n.º 173 e 174;
- c) o reconhecimento do efeito confiscatório da multa aplicada, não pelo julgamento de inconstitucionalidade da norma aplicada que extrapola a legitimidade e a competência da administração Pública e sim pelo poder

discricionário da administração pública, pelos princípios da moralidade e impessoalidade; procedendo a sua anulação uma vez que a multa supera em mais de 100% o valor do imposto cobrado; com infração ao princípio da capacidade contributiva da Requerente.

VOTO

Ao analisar a peça recursal e o relatório emitido pela 5ª JJF faço as seguintes considerações:

Quanto ao pedido do recorrente no item “a”, refuto a necessidade de novos procedimentos *a fim de apurar a verdade real dos fatos por meio de diligência* em face de todos os procedimentos efetuados pelo autuante estarem revestidos das formalidades legais e efetuados com base na documentação e livros apresentados pela autuada.

Analizando as Infrações 1 e 2:

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*

Ao capitular a infração cometida pelo recorrente o preposto autuante escuda-se no que dispõe o RICMS97 no seu artigo 92, que assim dispõe:

Art. 92. *Para os efeitos do artigo anterior, considera-se:*

I - *documento fiscal idôneo o que atenda a todas as exigências da legislação pertinente, seja emitido por contribuinte em situação regular perante o fisco e esteja acompanhado, quando exigido, de comprovante do recolhimento do imposto;*

Pelo que se vê no dispositivo legal e o que descreve o autuante, considerando que a autuação teve por base o ingresso no estabelecimento do recorrente de produtos oriundos de produtores rurais na condição de contribuintes não inscritos no cadastro estadual, laborou corretamente o recorrente ao emitir a Nota Fiscal de Entradas, sem o que ensejaria irregularidade nos seus estoques. Irregularidade ocorreu quando o autuante procedeu com a afirmativa de utilização indevida do crédito do ICMS, que deveria ter sido recolhida pelo recorrente na condição de responsável solidário conforme determina o RICMS/97 no artigo 125, conforme abaixo:

Art. 125. *O imposto será recolhido por antecipação, pelo próprio contribuinte ou pelo responsável solidário:*

III - *antes da saída das mercadorias, nos seguintes casos (§ 2º):*

b) *operação realizada por contribuinte não inscrito;*

Ao se analisar a Infração 2, vê-se que o enquadramento efetuado pelo preposto autuante está correto, verificando-se, entretanto, que o mesmo busca cobrar o tributo em duplicidade, considerando que a mesma base de cálculo é utilizada para duas infrações que dizem respeito à mesma operação.

Ao não recolher o tributo na condição de responsável solidário, não poderia o recorrente utilizar o crédito, no que corretamente labora o preposto, porém ao considerarmos que as mercadorias objeto das entradas foram comercializadas com tributação nas saídas e, ao se aceitar que perdurem as duas infrações concomitantemente, estar-se-á usando a tributação em duplicidade. Desta forma acato a Improcedência da Infração 1.

Quanto à infração 2, considero o princípio de decadência, voto vencido no julgamento da 5ª JJF, de relação às operações do período de Janeiro a Maio de 2011, com base no que dispõe o Código Tributário Nacional no Artigo 150, §4º, conforme abaixo:

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.

Desta forma, aceito como devida a cobrança como determinada no voto vencido quando o julgamento da 5ª JJF, restando a cobrança como 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

Com relação às infrações 3, 4 e 5, nada traz de novidade o recorrente em sua peça recursal, restando em face disto, sem reparos o julgamento proferido pela 5ª JJF.

Diante do que expus opino pela reforma do julgamento proferido pela 5ª JJF, acatando em parte o Recurso Voluntário para determinar o que segue:

	RESULTADO	VLR. REMANESCENTE
Infração 01	Improcedente	0,00
Infração 02	Procedente em parte	6.088,48
Infração 03	Procedente em Parte	6.036,69
Infração 04	Procedente	9.257,74
Infração 05	Procedente	2.760,00
Infração 05	Procedente	43.316,83
TOTAL		67.459,74

Assim voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário na forma acima demonstrada.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269133.3001/16-0**, lavrado contra **MECANON SUPERMERCADOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$12.125,17**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor de **R\$55.334,57**, previstas no inciso XIII-A, alíneas “j” e “i”, da citada Lei e artigo citados, com a redação dada pela Lei nº 10.847/07, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala de Sessões do CONSEF, 24 de maio de 2018.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

JOSÉ ROSENVALDO EVANGELISTA RIOS – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. DA PGE/PROFIS