

A. I. N° - 088568.0047/09-3
AUTUADO - GENERAL MILLS BRASIL LTDA.
AUTUANTES - ANTÔNIO CÉSAR COSTA SOUZA
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 18.08.10

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0219-04/10

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. FALTA DE APRESENTAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. 2. INSCRIÇÃO CADASTRAL. CONTRIBUINTE COM INSCRIÇÃO CADASTRAL CANCELADA. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. a) EXERCÍCIO DE 2005. b) EXERCÍCIO DE 2006. Ilícitos tributários não impugnados. Infrações 01, 04 e 05 mantidas. 3. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. MULTAS. a) OMISSÕES DE OPERAÇÕES OU PRESTAÇÕES. Aplica-se o percentual de 5% (cinco por cento) do valor das entradas e saídas de mercadorias, assim como das prestações de serviços tomadas e realizadas, omitidas de arquivos eletrônicos exigidos na legislação tributária, ou neles informadas com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, não podendo ser superior a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas ou sobre o valor das divergências, conforme o caso. Re-enquadramento da multa para o art. 42, XIII-A, “i” da Lei nº 7.014/96. Infração caracterizada. b) FALTA DE ENTREGA. Na hipótese de não fornecimento do Registro 74, relativo ao inventário, em face da natureza contábil do estoque, aplica-se a multa de 1% (um por cento) do valor das saídas realizadas em cada período de apuração, pelo não fornecimento, mediante intimação, de arquivo eletrônico com as informações. Re-enquadramento da multa para o art. 42, XIII-A, “k” da Lei nº 7.014/96. Infração caracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 17/11/2009 e exige ICMS, além de multas por descumprimento de obrigações acessórias, no valor histórico de R\$ 125.303,68, em razão de terem sido constatadas as irregularidades abaixo citadas.

- 1- Deixou de apresentar livros fiscais quando regularmente intimado. Multa de R\$ 460,00, prevista no art. 42, XX da Lei nº 7.014/96.
- 2- Fornecimento de informações em arquivos magnéticos exigidos, mediante intimação, com omissão de operações ou prestações.

- limitado a 1% (um por cento) do montante das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas em cada período, calculando-se a mesma sobre o valor das operações ou prestações omitidas. Consta que o autuado deixou de registrar notas de entrada nos arquivos magnéticos, capturadas em postos fiscais e designadas no relatório “Notas Fiscais de Entrada Informadas pelo INC e Ausentes do Registro 50” (exercício de 2005). Multa de R\$ 5.252,52, prevista no art. 42, XIII-A, “F” da Lei nº 7.014/96.
- 3- Fornecimento de informações em arquivos magnéticos exigidos na legislação, requeridos mediante intimação, com omissão de operações ou prestações, ficando o valor da multa limitado a 1% (um por cento) do montante das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas em cada período, calculando-se a mesma sobre o valor das operações ou prestações omitidas. Consta que o autuado deixou de fornecer as informações nos arquivos magnéticos concernentes ao Registro 74 (inventário referente ao exercício de 2006), conforme intimações colacionadas ao processo. Multa de R\$ 117.769,67, prevista no art. 42, XIII-A, “F” da Lei nº 7.014/96.
 - 4- Deixou de proceder à retenção do ICMS e ao conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes nas vendas para contribuintes “inaptos” localizados neste Estado (2005). Valor exigido de R\$ 923,30 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96.
 - 5- Deixou de proceder à retenção do ICMS e ao conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes nas vendas para contribuintes “inaptos” localizados neste Estado (2006). Valor exigido de R\$ 898,19 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte ingressa com impugnação às fls. 179 a 185, através de advogados regularmente constituídos, de acordo com o instrumento de outorga de fl. 201.

Primeiramente, esclarece que, ciente de que cometeu alguns equívocos, procedeu ao pagamento das infrações 01, 04 e 05, e que pretende discutir apenas as de números 02 e 03.

Em seguida, após transcrever as infrações impugnadas e o fundamento legal (art. 42, XIII-A, “F” da Lei nº 7.014/96), destaca que, na época dos fatos, estava em vigor a redação dada a esse dispositivo pela Lei nº 9.430/2005. Tal penalidade estaria incorporada atualmente no art. 42, XIII-A, “I” do mesmo Diploma Legal.

Conforme se verifica na redação do art. 42, XIII-A, “F”, a multa seria de 5% sobre o valor das operações de saídas ou entradas omitidas ou divergentes, limitada a 1% do total das saídas no período.

No entanto, não consta do PAF memória de cálculo detalhada das multas exigidas nas infrações impugnadas, tampouco comprovação de que o sobredito limite foi obedecido.

Especificamente em relação à segunda infração, embora exista uma lista de notas fiscais, a fiscalização limitou-se a aplicar o percentual de 5% sobre o valor das mesmas, sem demonstrar que o limite de 1% das saídas foi obedecido.

Com fundamento no art. 18, IV, “a” c/c 41, II do RPAF/BA, qualifica de mais grave o caso da infração 03, porque, em detrimento do seu direito de defesa, foi aplicado o percentual de 1% sobre R\$ 11.776.967,46: (i) sem indicação das notas fiscais que não teriam sido fornecidas nos arquivos magnéticos, (ii) sem composição da “memória de cálculo da multa” e (iii) sem esclarecer se a penalidade foi aplicada sobre as operações omitidas ou sobre as saídas do período.

Reputa desproporcional e abusiva a multa cominada, bem como requer a nulidade das infrações combatidas ou a demonstração da origem dos valores lançados, com a conseqüente abertura de prazo para manifestação.

O autuante, na informação fiscal de fls. 211 a 213, assevera que a sociedade empresária autuada “exercia a atividade de comércio atacadista de produtos alimentí

encerramento a partir de abril de 2009, encontrando-se atualmente com inscrição estadual cancelada (inapto)”.

Em função do fato de não ter encontrado preposto de quem pudesse obter informações, nenhuma alternativa lhe restou senão a de desenvolver os trabalhos de auditoria com base nos dados dos arquivos magnéticos (SINTEGRA).

No tocante à infração 02, entende que a defesa é descabida e informa que se encontra no PAF, à fl. 35, a relação das notas fiscais ausentes dos arquivos magnéticos apresentados, no valor total de R\$ 105.050,50; além de CD gravado, à fl. 149, onde se comprova a falta de registro nos arquivos transmitidos. Nas fls. 16 a 92-A estão relacionadas as intimações e os relatórios de inconsistências.

Informa ter observado que a multa não pode exceder o percentual de 1% das saídas, que somaram R\$ 8.429.181,92, de acordo com a DMA de fls. 216/217, tendo sido calculada sobre as operações omitidas, mostrando-se pertinente a aplicação da penalidade de 5% sobre as mesmas, na quantia de R\$ 5.252,52.

Com relação à infração 03, aduz que o contribuinte deixou de fornecer informações concernentes ao estoque final do ano de 2006. A Lei nº 7.014/96, para tal infração, prevê multa de 1%, calculada sobre o montante das saídas, o que foi feito com base nas informações dos arquivos magnéticos acostados ao processo e na DMA consolidada de fls. 218/219, que indica como valor de vendas para este ano o total de R\$ 11.776.967,46.

Requer a procedência do lançamento de ofício.

O autuado apresenta manifestação às fls. 227 a 230.

Insurge-se contra o fato de não ter sido apresentado o inventário em meio magnético, conforme dito, “do mês de dezembro”, e ter sido efetuada autuação sobre todas as saídas do exercício. Na sua concepção, o cálculo deveria ter sido feito apenas sobre as saídas deste mês.

Não bastasse isso, o dispositivo legal invocado para a aplicação da penalidade foi seguido parcialmente, pois determina o percentual de 5% sobre as entradas e saídas omitidas, limitado a 1% das vendas do período. No cálculo, o autuante simplesmente exigiu o limite, ou seja, 1% das saídas do exercício fiscalizado. O que está sendo cobrado é em razão da ausência do inventário nos arquivos magnéticos. Existindo o inventário, apenas as entradas das mercadorias que o compusessem poderiam ser objeto de multa. Não existindo o inventário, nenhuma informação teria sido omitida.

Repete o seu entendimento de que a multa é abusiva, juntamente com os pedidos da impugnação.

Cientificado da manifestação (fl. 232), o autuante não se pronunciou.

Às fls. 235 a 238, a Coordenação de Administração do CONSEF juntou comprovantes de pagamento parcial do débito originalmente lançado.

VOTO

As infrações 01, 04 e 05 não foram impugnadas, em razão de que, com fundamento no art. 140 do RPAF/99, não terão o mérito apreciado neste julgamento. Infrações mantidas.

No tocante às demais infrações, fica rejeitada a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado. Não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois o autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreveu as infrações, fundamentando com a indicação dos documentos, demonstrativos e relatórios, bem como de seus dados e cálculos, assim como indicou o fundamento jurídico. Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório visivelmente caracterizados nos aspectos abordados na impugnação fatos e correspondentes infrações imputadas.

Assiste razão ao autuante quando afirma que o pleito de nulidade não procede, uma vez que enviou, via Empresa de Correios e Telégrafos (fl. 09), as intimações para apresentação de informações em meio magnético (fls. 12, 16 e 17), que verifico terem expressado de forma clara as correções pretendidas.

Atendidas, por conseguinte, as exigências de forma contidas no parágrafo 3º do art. 708-B do RICMS/97, relativas às intimações para correção de inconsistências verificadas em arquivos magnéticos: fornecimento ao contribuinte de Listagem Diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas.

Quanto ao valor tomado para a aplicação das penalidades das infrações impugnadas, conforme relatório supra, o autuante trouxe aos autos elementos suficientes para o devido exercício do direito de defesa do sujeito passivo, que inclusive o exerceu, pois questionou em minúcias as quantias consignadas na infração 03, o que será objeto de apreciação na análise de mérito. Vejo que foi colacionada a lista das notas fiscais faltantes nos arquivos magnéticos (infração 02), bem como que o limite de 1% pode ser verificado na DMA de fls. 216/217, da lavra do próprio defendente. A quantia de R\$ 11.776.967,46, da infração 03, refere-se ao total das saídas em 2006, que é de pleno conhecimento do autuado, nos termos da DMA de fls. 218/219.

As multas aplicadas estão previstas no art. 42. XIII-A, “i” da Lei nº 7.014/96, que deve ser a alínea tomada na infração 02, pois o descumprimento das intimações ocorreu em 2009. Estabelece a citada norma o percentual de 5% (cinco por cento) do valor das entradas e saídas de mercadorias, assim como das prestações de serviços tomadas e realizadas, omitidas de arquivos eletrônicos exigidos na legislação tributária, ou neles informadas com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, não podendo ser superior a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas ou sobre o valor das divergências, conforme o caso.

Eventual inconstitucionalidade dos comandos legais acima citados, em função do alegado caráter abusivo ou confiscatório da multa, não pode ser apreciada por este órgão, em obediência ao quanto disposto no art. 167, I do RPAF/BA.

Uma vez rejeitada a preliminar de nulidade, fica caracterizada a infração 02, com o re-enquadramento para a alínea “i” do mesmo inciso, pois não teve o mérito impugnado.

Com relação à infração 03, da análise dos elementos constantes do processo e do cotejo entre as argumentações de acusação e de defesa, concluo que o procedimento fiscal está correto, merecendo apenas o re-enquadramento da penalidade cominada.

De acordo com o que foi exposto na impugnação, a aplicação da multa enquadrada deve se dar sobre as operações omitidas, servindo o percentual de 1% sobre as saídas efetivas apenas como limite, nunca como base primária para quantificar a autuação.

Ocorre que o autuante, tendo-se em vista o descumprimento da intimação de fl. 12, aplicou diretamente o percentual limite, quantificando a multa. Esse percentual, como dito, não serve para tal desiderato, mas para limitar, pelo que teria o autuante infringido o fundamento legal utilizado para o lançamento da infração em comento.

Com efeito, houve um equivocado enquadramento da multa, que deve ser deslocada para a alínea “k” do mesmo inciso. Não assiste razão ao autuado ao dizer que, não existindo o inventário, nenhuma informação teria sido omitida. A própria desinformação da inexistência de inventário é descumprimento de obrigação acessória, razão pela qual, independentemente do valor do estoque no final de 2006, deve ser aplicada a penalidade do art. 42, XIII-A, “k” da Lei nº 7.014/96, abaixo transcrita.

“1% (um por cento) do valor das saídas realizadas em cada período de apuração intimação, de arquivo eletrônico com as informações de natureza contábil”.

Ora, o inventário, que é o retrato de uma situação ao final de todo o exercício, e não de apenas um mês, como quis argumentar o autuado, possui natureza e classificação contábil, posto que relativo aos bens tangíveis mantidos para venda ou uso próprio no curso ordinário do negócio, bens em processo de produção para venda ou para uso próprio ou que se destinam ao consumo na produção de mercadorias para venda ou uso próprio (ativo).

Portanto, foi corretamente aplicado o percentual sobre o valor de R\$ 11.776.967,46, destacado na DMA consolidada de fls. 218/219.

Infração 03 caracterizada.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, com o re-enquadramento das multas das infrações 02 e 03, respectivamente, para o art. 42, XIII-A, “i” e “k” da Lei nº 7.014/96, com a homologação dos valores já pagos.

VOTO DISCORDANTE (QUANTO AO VALOR DA MULTA DA INFRAÇÃO 3)

Na manifestação do autuado acerca da informação fiscal (fl. 228), o mesmo alegou que a multa aplicada decorre da falta apresentação do inventário no mês de dezembro/06 e que neste caso deveria ser aplicado o percentual de 1% sobre as saídas do mês de dezembro e não 1% sobre todas as saídas ocorridas durante o exercício como fez o autuante.

Pelo exposto, discordo do posicionamento do nobre Relator, pelos fundamentos que passo a expor.

O art. 708-B do RICMS/BA prevê que o contribuinte apresente os arquivos magnéticos à fiscalização e quando apresentados com inconsistências, deve ser intimado para corrigi-los num prazo de trinta dias. Na situação presente, por não ter sido localizado, o contribuinte foi intimado para apresentar os arquivos magnéticos através dos Correios (fls. 8/12) e não tendo sido encontrado foi intimado por meio de edital no Diário Oficial (fl. 14).

O autuante esclareceu tanto no Auto de Infração como na informação fiscal, que o contribuinte não tendo sido encontrado, desenvolveu a fiscalização com base nos arquivos magnéticos e notas fiscais coletadas no CFAMT (item descrição dos fatos – fl. 1), o que culminou em infrações, inclusive na infração 5 pela falta de retenção do ICMS no período de janeiro/06 a dezembro/06, logo conclui-se que o imposto foi apurado com base nos arquivos magnéticos apresentados.

Já a infração 3, acusa que forneceu arquivo magnético com omissão de operações resultando em multa de 1% sobre o “valor das operações omitidas”. Consta ainda, que “Deixou de fornecer as informações nos arquivos magnéticos referentes ao Registro 74, inventário de mercadorias no mês de dezembro de 2006”. Portanto, está devidamente claro, que o estabelecimento autuado entregou os arquivos magnéticos relativos aos meses de janeiro a novembro/06 e o arquivo do mês de dezembro/06 entregou com falta do Registro 74 (inventário).

Por sua vez, o §6 do art. 686 do RICMS/BA estabelece:

§ 6º No período de apuração do ICMS em que for realizado inventário, o arquivo magnético entregue nos termos deste Capítulo deverá conter, também, os registros de inventário, a título de estoque final, que deverão ser repetidos no arquivo magnético referente ao período de apuração seguinte, a título de estoque inicial.

Já o art. 42-XIII-A, “f” da Lei nº 7.014/96 estabelece:

f) 5% (cinco por cento) do valor das operações de entradas e saídas de mercadorias, bem como das prestações de serviços tomadas e realizadas, omitidas de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, ou neles informadas com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, não podendo ser superior a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período.

Pelo exposto, o primeiro dispositivo regulamentar estabelece que o arquivo magnético entregue deve conter o registro de inventário e deve ser feito mês a mês, repetindo o estoque final de um mês como estoque inicial do outro. Já a tipificação da multa deter

ser aplicada em decorrência de operações de entrada ou saídas

arquivos magnéticos, não podendo ser superior a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período.

Logo, entendo que o período indicado na tipificação da multa refere-se ao período mensal numa interpretação literal. E mesmo que assim não se entenda, nesta situação específica não é razoável aplicar uma multa de 1% sobre todas as saídas do exercício de 2006 (janeiro a dezembro) pelo fato de o contribuinte não ter informado o inventário no arquivo magnético do mês de dezembro do exercício de 2006 (tendo informado de janeiro a novembro). Por isso, entendo que deva ser acatado o pleito do contribuinte para que seja aplicada multa de 1% sobre as saídas do mês de dezembro de 2006, ou seja, sobre R\$1.080.042,32 resultando R\$10.800,42 (fl. 86) e não de 1% sobre todas as saídas do exercício R\$11.776.967,46 resultando em valor de R\$117.769,67 como quis o autuante.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **088568.0047/09-3**, lavrado contra **GENERAL MILLS BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 1.821,49**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das penalidades por descumprimento de obrigações acessórias totalizando o valor de **R\$ 123.482,19**, previstas no art. 42, XIII-A, “i” e “k” e XX da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios estabelecidos na Lei nº 9.837/05, sendo que os valores já pagos devem ser homologados.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de agosto de 2010.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/VOTO DISCORDANTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

FRANCISCO ATANÁSIO DE SANTANA - JULGADOR