

A. I. Nº - 269352.0015/10-9
AUTUADO - COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO
AUTUANTE - ANDERSON PEIXOTO SAMPAIO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 08.06.2011

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0140-02/11

EMENTA: ICMS. 1. ALÍQUOTA. ERRO NA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS DO ICMS. A redução de base de cálculo prevista na legislação tributária estadual contempla às operações de saídas internas de leite de gado (leite tipo Longa Vida), fabricado neste Estado, não se aplicando os produtos adquiridos em outros Estados. Infração caracterizada. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA.

a) AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS BENEFICIADAS COM ISENÇÃO E NÃO INCIDÊNCIA. b) AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Fatos não contestados. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. EXIBIÇÃO INCOMPLETA E EM PADRÃO DIFERENTE DO PREVISTO NA LEGISLAÇÃO. FALTA DE INFORMAÇÃO DO REGISTRO TIPO 74. MULTA. De acordo com o RICMS/97 sendo constatadas inconsistências no arquivo magnético do SINTEGRA, deve ser concedido o prazo de trinta dias para as devidas correções. Infração subsistente, tendo em vista que foi devidamente cumprido o devido processo legal com a intimação e apresentação das listagens diagnósticos para regularização no prazo de 30 (trinta) dias, não sendo atendido no prazo estipulado. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 16/11/2010, para exigência de ICMS e MULTA no valor de R\$591.992,44, sob acusação do cometimento das seguintes infrações:

1. Recolhimento a menos do ICMS no valor de R\$53.953,40, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, no período de janeiro a maio de 2010, conforme demonstrativo às fls.08 a 13. Em complemento consta: “Nas saídas através do ECF – Equipamento Emissor de Cupom Fiscal tributou o produto LEITE LONGA VIDA, fabricado fora do Estado da Bahia, com a alíquota de 7%, o que somente é permitido para o LEITE LONGA VIDA fabricado dentro do Estado, usufruindo indevidamente do benefício previsto no Art. 87, XXXV, do RICMS/BA, que prevê redução de base de cálculo específica para este item, desde que fabricado em território baiano.”
2. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no total de R\$43.187,30, referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, período de janeiro a maio de 2010, conforme demonstrativo às fls.15 a 27. Em complemento: “Trata-se de créditos sobre notas fiscais de ARROZ, que possui redução de base de cálculo de 100% nas saídas, conforme Art.78-A do RICMS/BA, não havendo tributação, impossibilitando assim o crédito sobre as entradas deste produto, conforme Art. 97, inciso I, alínea “b” do RICMS/BA.”

3. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no total de R\$51.024,84, referente a aquisição de mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, no período de janeiro a maio de 2010, conforme demonstrativo às fls.29 a 31. Em complemento: “Trata-se de mercadorias sujeitas ao regime de SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, por antecipação, previstos no Art. 353, II do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto 6384/97, não sendo cabível a apropriação de crédito.”
4. Deixou de fornecer arquivos em meio magnético exigido mediante intimação, referente às informações das operações ou prestações realizadas, sendo aplicada a multa no valor de R\$ 443.826,90, equivalente a 1% sobre o montante das saídas mensais, conforme documentos e demonstrativo às fls.33 a 42. Em complemento: Deixou de apresentar o REGISTRO 74 – INVENTÁRIO dos arquivos magnéticos do SINTEGRA dos meses 12/2008, 01/2009, 12/2009 e 01/2010, após intimação.”

O autuado, através de advogados legalmente constituídos, em sua defesa às fls.46 a 70, impugnou parcialmente o auto de infração pelas razões de fato e de direito a seguir aduzidas.

Informa que a empresa é pessoa jurídica de direito privado e, conforme se denota de seus atos constitutivos (Doc.fl.74 e 75), tem como atividade preponderante o comércio varejista de mercadorias em geral, e que sempre cumpriu com suas obrigações tributárias.

Primeiramente, os Defendentes reconhecem o equívoco cometido no tocante aos itens 2 e 3, e informam que procedeu ao recolhimento do montante exigido, cuja juntada de cópia das respectivas guias comprobatórias informam que será devida e oportunamente providenciada nesses autos.

Sobre a infração 01, expõe que o artigo 87, inciso XXXV, do RICMS/BA, com redação dada pelo artigo 100, do Decreto/BA nº 10.984/08, ao instituir o tratamento diferenciado em função da procedência do produto (isto é, do leite “longa vida”), já que tal ato normativo restringe o benefício fiscal nele previsto (leia-se, redução da base de cálculo) exclusivamente ao leite “longa vida” produzido no Estado da Bahia, afronta diretamente o artigo 152 da Constituição Federal de 1988, e artigo 11 do Código Tributário Nacional e ao Convênio ICMS nº 128/94, por entender que o tratamento diferenciado decorrente da origem da mercadoria estabelecido pela legislação baiana viola o Princípio da Não-Diferenciação Tributária, previsto no artigo 152, da CF. Cita ensinamento de Sacha Calmon Navarro Coêlho, sobre a chamada “regra vedatória”.

Com esse argumento, diz que no caso em análise, é notória a discriminação em relação à origem do produto (Leite Longa Vida) nas operações internas (realizadas no âmbito do Estado da Bahia), em inequívoca violação ao artigo 152, da CF e artigo 11, do CTN, visto que de acordo com o citado artigo 87, inciso XXXV, do RICMS/BA, o “leite longa vida” de origem ou produção de outro Estado, o contribuinte do Estado da Bahia, ao adquiri-lo, tem que tributar a operação, sem qualquer redução. Vale dizer, a citada regra implica aplicar a alíquota de 17% sobre o valor da saída interna, prevista na legislação, enquanto que o produto de origem baiana, por se beneficiar da redução de base, recolhe o imposto a partir de uma carga tributária efetiva de 7% sobre o valor da saída (efeito da redução da base de cálculo para 41,17% do valor da operação).

Frisa que o mesmo benefício, não alcança o leite “longa vida” produzido em outro Estado (que não o da Bahia), sendo cristalina, no seu entender, a violação à regra constitucional, à legislação complementar e ao próprio Pacto Federativo.

Transcreveu a posicionamento Supremo Tribunal Federal (STF), em diversas outras ocasiões, através de Ações Diretas de Inconstitucionalidade, inclusive de Mandatos de Segurança, em que afastou tentativas dessa natureza, que quebram a neutralidade econômica, a livre concorrência e violam frontalmente a Constituição Federal.

Aduz que ainda que fosse possível suplantar a inobservância do impedimento de outorga de tratamento fiscal diferenciado em razão da procedência do leite longa vida, a validade das

imposições do mencionado artigo 87, inciso XXXV, do RICMS/BA, também encontra barreira no artigo 155, da Constituição Federal. Transcreveu as considerações tecidas por Roque Antonio Carrazza e Aliomar Baleeiro, sobre o tema.

Cita que o Convênio ICMS nº 128/94, o qual foi devidamente ratificado, expressa ou tacitamente, por todos Estados e pelo Distrito Federal, incluindo o Estado da Bahia, referido Convênio em sua cláusula primeira que os Estados e o Distrito Federal autorizados a estabelecer carga tributária mínima de 7% (sete por cento) do ICMS nas saídas internas de mercadorias que compõem a cesta básica (dentre elas, o leite “longa vida”).

Conclui este item, dizendo está correto o seu procedimento utilizado, ou seja, aplicar a redução da carga tributária (seja por meio de crédito presumido, redução de base de cálculo, redução de alíquota, ou qualquer outro incentivo) para todas as mercadorias integrantes da Cesta Básica, inclusive ao leite “longa vida”, sob pena de ofensa direta ao artigo 155, § 2º, incisos III e XII, alínea “g”, da CF/88.

Sobre o item 04, alega que improcede a acusação fiscal, pois apresentou os arquivos magnéticos, relativos aos meses 12/2008, 01/2009, 12/2009 e 01/2010, conforme se verifica do e-mail, datado de 26 de agosto de 2010, endereçado para o Sr. Auditor Fiscal Anderson Peixoto Sampaio (Doc. 04). Além disso, diz que apresentou novamente, os “Protocolos SINTEGRA”, nos quais consta o citado arquivo magnético (“Registro 74”), inclusive que no caso do mês 12/2008, esclarece no “Registro 74”, não há qualquer erro ou falta de informação em seu conteúdo. Pede o cancelamento total da exigência fiscal, ou, no mínimo, o valor referente ao mês de 12/2008, tendo em vista a ausência de qualquer falha em tal documento.

Prosseguindo, considerou que a multa aplicada com base no artigo 42, inciso XIII-A, alínea j, da Lei (BA) nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei (BA) nº 10.847/07, afronta os princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade, incorporados ao ordenamento jurídico nacional, que estão implicitamente ligados ao inciso LIV, do artigo 5º, da CF/88, sendo, portanto, é abusiva, desproporcional e possui caráter confiscatório. Acerca desses princípios, transcreve lições de Celso Antônio Bandeira de Mello e a jurisprudência do STF.

Continua insistindo que é irrazoável e desproporcional, o lançamento de multa em questão, pois todos os documentos, conforme se verifica do e-mail, datado de 26 de agosto de 2010, endereçado para o Sr. Auditor Fiscal Anderson Peixoto Sampaio (Doc.fl.83 a 88), foram devidamente entregues.

Além disso, argumenta que multa da forma que foi aplicada também encerra evidente ofensa à capacidade contributiva e à vedação ao confisco, em afronta ao artigo 150, IV, da CF/88, e sequer agiu de má fé, dolo ou simulação, e não houve qualquer prejuízo ao Erário pois recolheu todos os tributos devidos, citando a jurisprudência do STF e lição de renomado professor de direito tributário.

Espera o cancelamento da multa, tomando por base decisões do Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo (TIT-SP), que tem decidido pela aplicação de multa equivalente a certa quantidade de UFESP'S pelo descumprimento de mera obrigação acessória conforme ementas transcritas.

Por fim, requer a procedência parcial do Auto de Infração.

Através do Processo SIPRO nº 0024338/2011-1 (fls.91 a 93), o autuado requereu a juntada de cópia da guia de recolhimento do débito, no valor de R\$94.212,14, relativo aos itens 02 e 03 do Auto de Infração.

O autuante, em sua informação fiscal, fls.97 a 100, reprimirá todas as infrações, e destacou o reconhecimento do débito dos itens 02 e 03 e a comprovação do recolhimento de tais débitos, conforme DAE anexo à fl. 93.

Em relação à infração 01, rebateu a alegação que há uma limitação ao tráfego de bens, por meio

de uma carga tributária majorada, dizendo que existe redução da base de cálculo para os produtos que tem sua industrialização realizada no Estado, ou seja, que o benefício é estabelecido internamente, e não para os produtos que venham de fora do Estado. Quanto a alegação de que a Constituição não permite tal distinção, sendo assim inconstitucional tal diferenciação, disse que não lhe cabe análise da constitucionalidade do lançamento tributário, a teor do que dispõe o artigo 167, inciso “I”, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF, aprovado pelo Decreto N° 7.629 de 09 de Julho de 1999.

Quanto ao item 04, não concordou com a informação do autuado de que os Registros 74 (INVENTÁRIO) faltantes foram entregues no e-mail enviado a fiscalização, datado de 26 de agosto de 2010 (fl. 83), arguindo que de acordo com os recibos de entrega de arquivos magnéticos anexados a esse citado e-mail, e ora anexados a este PAF, das fls. 84 a 88, consta na parte inferior dos recibos denominada “Carimbo de Recepção do Arquivo”, que os mencionados arquivos foram enviados indevidamente à SEFAZ-SP, e não a SEFAZ-BA. Diz que este erro foi cientificado aos prepostos da empresa, em resposta a este mencionado email da fl. 83, conforme se verifica às fls. 95 e 96, onde foi alertada a empresa que ela continuava omissa da entrega do REGISTRO 74, em relação ao Estado da Bahia, haja vista que a empresa entregou à Unidade da Federação errada, não entregando sequer em mídia eletrônica do tipo CD-R ou DVD-R. Assim, sustenta que até a lavratura do presente auto de infração, a empresa não havia entregue os arquivos completos, incluindo o REGISTRO 74, dos meses devidamente intimados, nem nos moldes oficiais disponibilizados a todos os contribuintes para transmissão dos arquivos magnéticos do SINTEGRA (via Internet por meio do programa de Transmissão Eletrônica de Documentos - TED), nem mediante entrega direta à fiscalização mediante recibo, sendo devidamente cabível a presente penalidade por descumprimento de obrigação acessória. Considerou provida de subjetividade a alegação de que a multa possui caráter confiscatório, abusivo e desproporcional, frisando que percentual da multa é de apenas 1% das entradas ou saídas, o que for maior, e apenas daqueles meses em que está se cobrando o nível de detalhamento exigido na legislação. Ressalta que a base de cálculo utilizada para efeito de estabelecer o valor da multa aplicada é apenas dos meses em que a empresa não registrou o REGISTRO 74, quais sejam: 12/2008, 01/2009, 12/2009 e 01/2010. Ressalta que o percentual calculado sobre o valor das saídas destes meses, como base para aplicação de penalidade, é de apenas 1% (um por cento), não possuindo assim nenhum caráter de confisco.

Finalizou ratificando integralmente sua ação fiscal.

Constam às fls. 102 a 103, documentos extraídos do SIDAT – Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária, intitulados de “Detalhes de Pagamento PAF”, referente ao pagamento das parcelas reconhecidas, no valor de R\$94.212,14.

VOTO

Consoante o que foi relatado, dos quatro itens contemplados no Auto de Infração, o autuado reconheceu integralmente o débito relativo aos itens 2 e 3, quais sejam:

Item 03 - utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no total de R\$43.187,30, referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, período de janeiro a maio de 2010.

Item 04 - utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no total de R\$51.024,84, referente a aquisição de mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, no período de janeiro a maio de 2010.

Desta forma, ante o reconhecimento do autuado, inclusive com a comprovação do devido recolhimento de tais valores, conforme documentos extraídos do SIDAT – Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária, intitulados de “Detalhes de Pagamento PAF”, no total de R\$94.212,14, considero subsistentes estes itens da autuação, ficando a lide restrita aos impugnados conforme quadro abaixo.

INFRAÇÕES	VL.LANÇADOS	VL.RECONHECIDOS	VL.IMPUGNADOS
1	53.953,40	-	53.953,40
2	43.187,30	43.187,30	
3	51.024,84	51.024,84	
4	443.826,90	-	443.826,90
SOMA	591.992,44	94.212,14	499.780,30

No mérito, quanto aos itens impugnados, após analisar detidamente as peças que compõem o presente PAF, quais sejam, o auto de infração, demonstrativos, cópias de notas fiscais, intimações, impugnações e informações fiscais, constatei o que segue.

Infração 01

Diz respeito a recolhimento a menos do ICMS no valor de R\$53.953,40, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, no período de janeiro a maio de 2010, conclusão essa, baseada nas saídas através do ECF – Equipamento Emissor de Cupom Fiscal tributou o produto LEITE LONGA VIDA, fabricado fora do Estado da Bahia, com a alíquota de 7%, sob o entendimento de que somente é permitido para o LEITE LONGA VIDA fabricado dentro do Estado, usufruindo indevidamente do benefício previsto no Art. 87, XXXV, do RICMS/BA, que prevê redução de base de cálculo específica para este item, desde que fabricado em território baiano.

O sujeito passivo na peça defensiva alegou que a disposição contida no artigo 87, inciso XXXV, do RICMS/BA, com redação dada pelo artigo 100, do Decreto/BA nº 10.984/08, ao instituir o tratamento diferenciado em função da procedência do produto (isto é, do leite “longa vida”), restringe o benefício fiscal nele previsto exclusivamente ao leite “longa vida” produzido no Estado da Bahia, afronta diretamente o artigo 152 da Constituição Federal de 1988, e artigo 11 do Código Tributário Nacional e ao Convênio ICMS nº 128/94, por entender que o tratamento diferenciado decorrente da origem da mercadoria estabelecido pela legislação baiana viola o Princípio da Não-Diferenciação Tributária, previsto no artigo 152, da CF.

Em suma, a defesa sustenta que está correto o seu procedimento utilizado, ou seja, aplicar a redução da carga tributária (seja por meio de crédito presumido, redução de base de cálculo, redução de alíquota, ou qualquer outro incentivo) para todas as mercadorias integrantes da Cesta Básica, inclusive ao leite “longa vida”, sob pena de ofensa direta ao artigo 155, § 2º, incisos III e XII, alínea “g”, da CF/88.

Pelo que se vê, o argumento defensivo é de que o RICMS/97, ao limitar o benefício de redução de base de cálculo nas vendas de leite adquirido em outros Estados de modo que se equipare a carga tributária de 7% previsto para as operações com leite fabricado no Estado da Bahia, resulta em tratamento desigual aos demais contribuintes, ferindo o princípio da isonomia.

Verifico que o Decreto nº 7.826 de 21/6/2000 estabelecia redução de base de cálculo de 58,825% do ICMS nas operações de saídas internas de leite de forma que a carga tributária incidente na operação correspondesse ao percentual de 7%. Com o advento do Decreto nº 8.413, de 30/12/2002, foi revogado o art. 467 do RICMS/BA, que tratava de tal benefício fiscal com efeitos a partir de 1/1/2003.

De acordo com o levantamento fiscal, fls.09 a 13, cuja cópia foi entregue ao autuado, foram indicadas as vendas para consumidor final de leite tipo longa vida (esterilizado) produzido fora do Estado, com aplicação da alíquota de 7%, tendo sido exigida a diferença para 17%.

Considero correto o procedimento fiscal, uma vez que no período fiscalizado (janeiro a maio de 2010), já se encontravam em vigor as determinações do Decreto nº 8.413/02, não podendo mais, no período da autuação (2010), ser aplicada a redução de base de cálculo nas vendas de leite longa vida fabricado fora do Estado da Bahia.

Quanto ao argumento defensivo de que o Estado da Bahia não pode estabelecer tributação diferenciada entre leite produzido no Estado, observo que o Dec. 10.984 com efeitos a partir de 27/03/08 restabeleceu redução de base de cálculo “das operações internas com leite de gado tipo longa vida (esterilizado), fabricado neste Estado, de forma que a carga tributária incidente na operação corresponda ao percentual de 7% (sete por cento), regra inserta no art. 87, XXXV do RICMS/BA que não se aplica ao período fiscalizado.

Apesar de ser não aplicável a legislação citada ao presente caso, cumpre observar que o benefício fiscal condicionado restringe sua aplicação à produção e operações praticadas dentro do Estado, o que resulta em carga tributária de 7%, que não é inferior à prevista para as operações interestaduais em atendimento ao limite constitucional (art. 155, XII, “g”, da CF/88).

Além do mais, o benefício fiscal da redução de base de cálculo de leite de gado fabricado no Estado da Bahia, é norma integrante do ordenamento jurídico do Estado, concessiva de benefício fiscal condicionado, não podendo os órgãos administrativos de julgamento declarar a constitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I do RPAF/BA, o qual estabelece que não se inclui na competência dos órgãos julgadores a declaração de constitucionalidade da legislação estadual.

Mantido o lançamento do débito deste item da autuação.

Infração 04

Com relação este item, a acusação fiscal é de que o contribuinte deixou de fornecer arquivos em meio magnético exigido mediante intimação, referente às informações das operações ou prestações realizadas, no formato e padrão estabelecido na legislação (Convênio ICMS 57/95), gerado através do Programa SÍNTEGRA, referente aos meses de 01/2009; 12/2009 e 01/2010, em razão de não ter informado o REGISTRO 74 – INVENTÁRIO.

Portanto, o motivo determinante para a aplicação da multa no valor de R\$ 443.826,90, equivalente a 1% sobre o montante das operações de saídas de cada período, foi o descumprimento de obrigação acessória relativa ao fato de que o contribuinte forneceu arquivos em meio magnético sem a informação do REGISTRO 74 – INVENTÁRIO.

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

O art. 708-B estabelece que: “O contribuinte fornecerá ao fisco os documentos e o arquivo magnético de que trata este capítulo, sempre que for intimado, no prazo de 5 dias úteis contados da data do recebimento da intimação, sem prejuízo do acesso imediato às instalações, equipamentos e informações em meios magnéticos”. O arquivo magnético deverá ser entregue devidamente criptografado e validado eletronicamente por programa disponibilizado pela Secretaria da Fazenda, com todos os registros correspondentes às operações desenvolvidas pelo contribuinte, inclusive os dados referentes a itens de mercadoria.

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

Assim, todos os contribuintes autorizados ao uso de SEPD, exceto os autorizados somente para escrituração do livro Registro de Inventário, estão obrigados a entregar o arquivo magnético contendo os dados referentes aos itens de mercadoria constantes dos documentos fiscais e

registros de inventário nos meses em que este for realizado. O arquivo magnético deverá ser entregue via Internet através do programa Validador/Sintegra, que disponibilizará para impressão o Recibo de Entrega de Arquivo Magnético chancelado eletronicamente após a transmissão; ou na Inspetoria Fazendária do domicílio do contribuinte, acompanhado do Recibo de Entrega de Arquivo Magnético gerado pelo programa Validador/Sintegra, após validação, nos termos do Manual de Orientação para Usuários de SEPD de que trata o Conv. ICMS 57/95.

Saliento que conforme disposto no art. 708-A, § 6º do RICMS/BA, a recepção do arquivo pela SEFAZ não caracteriza que o arquivo entregue atende às exigências, especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, ou seja, a apresentação dos arquivos magnéticos sem conter todos os registros caracteriza a falta de sua apresentação, tendo em vista a natureza condicional do seu recebimento, sujeitando o contribuinte à correção posterior das inconsistências acaso verificadas.

Tais constatações nos arquivos que foram entregues à SEFAZ, caracteriza a não entrega prevista na alínea “g” do inciso XIII-A, do artigo 915, do RICMS/97, conforme preceitua o §6º do artigo 708-B, do RICMS/97, cujo autuado, foi intimado a corrigir as inconsistências em 29/09/2010, conforme intimação à fl.34, entretanto, o contribuinte no prazo estipulado não atendeu integralmente a intimação.

Portanto, no caso em comento, através da documentação citada na descrição dos fatos, a autuação obedeceu ao devido processo legal, pois, está precedida de intimação expedida ao contribuinte para apresentação de informação em meio magnético e intimação para correção dos registros omitidos, sendo concedido o prazo de 30 dias úteis (fl.07), para corrigir as irregularidades apontadas (fl.34).

Nestas circunstâncias, observo que a ação fiscal atendeu ao disposto no artigo 708-A do RICMS/97, pois a fiscalização ao recepcionar os arquivos magnéticos sem o Registro tipo 74 (inventário inicial), intimou o contribuinte para no prazo de 30 dias úteis, informar o registro omitido, e como o contribuinte não cumpriu as determinações legais acima descritas no prazo estipulado, especialmente o previsto no § 2º, do art. 708-A, do RICMS/97, entendo que foi correta a aplicação da penalidade indicada no presente Auto de Infração, por está prevista no art. 42, XIII-A, “j”, da Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei (BA) nº 10.847/07, que tem a seguinte redação:

“Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

...

XIII-A - Nas infrações relacionadas com a entrega de informações em arquivo eletrônico e com o uso de equipamento de controle fiscal ou de sistema eletrônico de processamento de dados:

...

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

Mantenho o lançamento, com a modificação da data da ocorrência para o dia em que não foi atendida a intimação, ou seja, para o dia 29/10/2010, trinta dias após a intimação que foi expedida em 29/09/2010, uma vez que a obrigação de fazer, consistente em apresentar os arquivos solicitados pela fiscalização, não ocorreu até data fixa na referida intimação.

Apreciando a alegação defensiva de confiscatoriedade da multa de 60%, observo que a sua aplicação pelo descumprimento da obrigação principal neste processo é prevista no artigo 42,

inciso II, “f”, da Lei nº 7.014/96, sendo que as alegações concernentes ao seu caráter confiscatório não devem ser apreciadas por estar prevista na citada lei e em face do disposto no artigo 167, inciso I, do RPAF/99.

Desta forma, com relação ao argumento defensivo de que a multa é confiscatória, a mesma está prevista no dispositivo acima citado, portanto é legal. Também não pode ser acatado o pedido de sua exclusão ou redução, visto que a penalidade imposta está vinculada à infração cometida, e este órgão julgador não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação principal, competência exclusiva da Câmara Superior deste CONSEF, consoante o art. 159 do RPAF/99.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269352.0015/10-9**, lavrado contra **COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$148.165,54**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, alínea “a”, e VII, alínea “a“, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$443.826,90**, prevista nos incisos XII, alínea “j”, do citado dispositivo legal e dos acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9837/05, devendo serem homologados os valores efetivamente recolhidos pelo contribuinte, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de maio de 2011.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR