

**A. I. Nº** - 269352.0014/10-2  
**AUTUADO** - COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO (EXTRA SUPERMERCADO)  
**AUTUANTE** - ANDERSON PEIXOTO SAMPAIO  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**INTERNET** 12.07.2011

#### 5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0183-05/11

**EMENTA: ICMS. 1.** BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA. LEITE PRODUZIDO EM OUTRO ESTADO DA FEDERAÇÃO. A redução de base de cálculo prevista no art.87, inciso XXXV, RICMS/BA é relativa às operações de saídas internas de leite de gado (leite tipo Longa Vida), fabricado neste Estado. Infração mantida. **2.** CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIA COM ISENÇÃO. ARROZ. Vedada a utilização de crédito de mercadorias com redução de base de cálculo em 100%. Infração reconhecida. **b)** MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. A substituição tributária encerra a fase de tributação da mercadoria, sendo vedada a utilização de crédito. Infração reconhecida. **3.** ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO. **a)** QUANDO REGULARMENTE INTIMADO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. O autuado não atendeu a intimação no prazo de 30 dias para corrigir inconsistência no arquivo magnético (falta do Registro 74), nos termos do art. 708-B, § 5º, RICMS BA, sujeitando-se a multa no percentual de 1%, sobre o total das operações de saídas ocorridas no período, sujeitando-se à multa prevista no art. 42, inciso XXX-A, alínea “j”, da Lei nº 7014/96. **b)** NOS PRAZOS PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. O autuado entregou arquivos magnéticos e, ausente o Registro 74, conforme art. 708-A, RICMS/BA, sujeitando-se a multa de R\$ 1.380,00, cumulativamente com a penalidade anterior, nos termos do art. 42, inciso XXX-A, alínea “j”, da Lei nº 7014/96. Infração caracterizada. Rejeitadas preliminares suscitadas pelo autuado. Auto De Infração **PROCEDENTE** Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 17/11/10, exige ICMS no valor de R\$ 123.719,37, acrescido da multa de 60%, além de multas por descumprimento de obrigações acessórias totalizando o valor de R\$ 364.074,83, em decorrência das seguintes infrações:

**INFRAÇÃO 1.** Recolheu a menor ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Consta ainda que 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

no território baiano. Para o LEITE LONGA VIDA fabricado fora do Estado não há redução de base de cálculo, devendo ser aplicada a alíquota interna (17%). Período jan/mai 10. Valor R\$ 48.864,77

INFRAÇÃO 2. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto. Consta ainda que se trata de créditos sobre notas fiscais de ARROZ, que possui redução de base de cálculo de 100% nas saídas, conforme art. 78-A RICMS-BA, não havendo tributação, impossibilitando assim o crédito sobre as entradas deste produto, conforme art. 97, inciso I, alínea *b* do RICMS/BA. Período jan/mai 10. Valor R\$ 26.114,29

INFRAÇÃO 3. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria (s) adquirida (s) com pagamento de imposto por antecipação tributária. Trata-se de mercadorias sujeitas ao regime de SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, por antecipação, previstos no art. 353, II, do RICMS/BA, aprovado pelo Dec. 6.284/97 e incabível a apropriação de crédito. Período jan/mai 10. Valor R\$ 48.740,31.

INFRAÇÃO 4. Deixou de fornecer arquivo (s) magnético (s), exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas. 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. Períodos Jan/08, jan/09, dez/09 e jan/10. Valor R\$ 362.694,83.

INFRAÇÃO 5. Falta de entrega de arquivo magnético, nos prazos previstos na legislação, o qual deveria ter sido enviado via internet através do programa Transmissão Eletrônica de Dados (TED). Omissão de entrega do arquivo dos meses 12/2008, 01/2009, 12/2009 e 01/2010, especificamente em relação ao REGISTRO 74 – INVENTÁRIO. Período Jan/10. Valor R\$ 1.380,00.

O sujeito passivo protocola suas razões de defesa, fls. 53/77, aduzindo que a exigência não pode prosperar em face de sua impropriedade, devendo ser cancelada em parte, exceto as infrações 02 e 03 que reconhece, ao tempo em que procede ao recolhimento do montante exigido, cujas cópias dos respectivos pagamentos são juntadas aos autos.

Com relação à infração 1, redução da base de cálculo do leite longa vida, diz que o artigo 87, inciso XXXV, RICMS/BA, ao instituir o tratamento diferenciado em função da procedência do produto, já que tal normativo restringe o benefício fiscal exclusivamente ao leite “longa vida” produzido no Estado da Bahia, afronta diretamente à Constituição Federal de 1988, ao Código Tributário Nacional - CTN e ao Convênio ICMS 128/94.

Afirma 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 Constituição Federal, o qual preceitua: “*Artigo 152 - É vedado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino*”.

Ensina que tal princípio foi devidamente reproduzido pelo artigo 11, CTN e reitera entendimento doutrinário de Sacha Calmon.

Defende que é fundamental garantir a integração do mercado interno, como exigência do princípio Federativo previsto no art. 1º CF/88 e que a regra contida no artigo 152 se configura “reforço” deste princípio no âmbito tributário.

Nesse sentido, diz que é necessário assegurar a lealdade e a solidariedade entre os Estados Federados, repelindo tentativas legislativas de secessão econômica, tal como indevidamente sugere o artigo 87, inciso XXXV, RICMS/BA, ora impugnado, que lesa o Pacto Federativo. Entende que por conta desse Princípio, é preciso que seja afiançado aos demais Estados da Federação, que suas mercadorias possam concorrer em igualdade de condições com aquelas produzidas pelo Estado Local.

No caso em análise, diz que a discriminação em relação à origem do Leite Longa Vida nas operações internas, está em inequívoca violação ao artigo 152, CF/88 e artigo 11, CTN. Isso porque, de acordo com o citado artigo 87, inciso XXXV, 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 regra implica 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 STF já se posicionou nesse sentido, destacando voto do Ministro Relator Joaquim Barbosa, nos autos da recém-julgada ADI nº 3.389/RJ, que, em caso análogo ao presente, enfatizou a patente violação ao Princípio insculpido no artigo 152, CF/88, pela legislação estadual ao dar tratamento tributário diferenciado em função da procedência ou destino de uma determinada mercadoria.

Questiona ainda validade das imposições do mencionado artigo 87, XXXV, RICMS/BA, por violação ao 155, § 2º, XII, CF 88 (essencialidade das mercadorias e serviços), estabelecendo que o legislador do ICMS pode discriminar o percentual de incidência dessa exação levando em conta o grau maior ou menor da necessidade do produto à população.

Explica que por isso o Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ) editou o Convênio ICMS 128/94, ratificado inclusive pelo Estado da Bahia, autorizando os Estados e o Distrito Federal 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”). Como poderia, então, o Fisco Baiano fazer tal distinção?

Observa que, em casos análogos, o Poder Judiciário tem reconhecido que essa conduta fiscal, além de evidenciar caráter de protecionismo à produção local, fere o intento da concessão do aludido benefício. É o que se verifica na decisão do MS nº 053.08.604401-2, que transcreve.

Conclui que, por tudo isso, está correto o procedimento de aplicar a redução da carga tributária para todas as mercadorias integrantes da Cesta Básica, inclusive ao leite “longa vida”.

Quanto a entrega dos arquivos magnéticos, afirma que, ao contrário do que consta no Auto de Infração, a impugnante apresentou tais documentos, conforme se verifica do e-mail, datado de 26 de agosto de 2010, endereçado para o Sr. Auditor Fiscal Anderson Peixoto Sampaio (Doc. 04). Apresenta ainda, para que não reste dúvida, os “Protocolos SINTEGRA” relativos aos meses 12/2008, 01/2009, 12/2009 e 01/2010 (Doc. 05), constando nos arquivos o registro 74.

Esclarece ainda no “Registro 74”, referente ao mês 12/2008, não há qualquer erro ou falta de informação em seu conteúdo, pelo contrário, está totalmente correto e foi devidamente entregue à fiscalização, conforme disposto no mencionado e-mail.

Nos outros meses (01/2009, 12/2009 e 01/2010), reconhece que existem erros ou falhas no “Registro 74”, mas foram fornecidos ao Auditor Fiscal, quando do procedimento fiscalizatório.

Reclama ainda que a imposição de penalidade no montante de R\$ 362.694,83, afronta os princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade, considerando que o direito tributário deve se pautar dentro de certa coerência, levando em conta o motivo e o fim a que se dirige a norma tributária, possuindo estreita relação com o princípio da legalidade e da isonomia. Diz que a providência administrativa desarrazoada, incapaz de passar com sucesso pelo crivo da razoabilidade, não pode estar conforme à finalidade da lei. Em consequência, será anulável pelo Poder Judiciário, à instância do interessado.

Diz que é inconteste que no caso dos autos, o Sr. Auditor Fiscal e mesmo o legislador baiano “fizeram vistas grossas” aos citados princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no lançamento da multa aplicada.

Concluindo com a indagação: “como admitir e entender por razoável e proporcional, o lançamento de multa por suposta “falta de entrega de arquivos magnéticos”, no exorbitante valor de R\$ 362.694,83, se 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. 04), foram devidamente entregues pela Defendente?”.

Diz ainda que a autuação é ofensa aos princípios da Capacidade Contributiva e da Vedação ao Confisco e que a multa prevista no artigo 42, inciso XIII-A, alínea j, da Lei (BA) nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº 10.847/07, tal como aplicada, acaba por onerar o contribuinte, uma vez que não realizou o fato presuntivo da capacidade tributária e afronta à vedação ao confisco, vedação esta expressa na Magna Carta, uma vez que a multa aplicada transborda o limite do razoável, pois, para saldá-la, será, indubitavelmente, necessário dispor de seu patrimônio, gerando, assim, manifesto confisco, constitucionalmente vedado.

Transcreve decisões do STF sobre os temas em questão, concluindo sobre a improcedência da exigência fiscal, que deve ser cancelada.

Admite que, apesar de ter apresentado todos os arquivos magnéticos solicitados pela fiscalização, o “Registro 74” referente aos meses 01/2009, 12/2009 e 01/2010, possui falhas ou inconsistências, mas que não causou qualquer prejuízo ao Erário Público, porquanto todos os tributos devidos pela Defendente estão regularmente quitados.

Ressalta seu histórico fiscal exemplar no Estado da Bahia, não existindo reincidência em relação a tais fatos; aduzindo que a relevação da penalidade, nas hipóteses em que há ausência ou atraso no cumprimento de obrigação acessória sem que haja dolo, fraude ou simulação e que não implique falta de pagamento do imposto, encontra-se legitimada pela legislação de diversos Estados, bem como vem sendo aplicada pelos respectivos Tribunais Administrativos, transcrevendo algumas decisões.

Finaliza pela improcedência da exigência fiscal ou redução da multa lançada.

O Auditor Fiscal, autor do feito, presta Informação Fiscal reiterando que a empresa reconheceu as infrações 2 e 3 e aduz com relação à infração 01 que não condiz com a realidade, a alegação defensiva de limitação ao tráfego de bens contida na regra do art. 87, XXXV, RICMS BA, visto que não existe majoração na carga tributária, mas uma redução na base de cálculo para os produtos que têm industrialização no Estado da Bahia.

Sobre a inconstitucionalidade da norma diz que não cabe nem ao autuante nem ao Conselho de Fazenda a sua análise, em face do disposto no art. 167, RPAF BA.

Com referência às infrações 4 e 5, diz que a alegação da entrega dos registros 74 não procede, uma vez que os arquivos foram enviados para a SEFAZ/SP, conforme provam os recibos anexados às fls. 84/88. Indica que tal erro foi comunicado a preposto da empresa, conforme se verifica às fls. 101/102. Reitera que, até a data da lavratura do presente Auto de Infração, a empresa ainda não havia enviado corretamente os arquivos magnéticos com a inclusão do registro 74, nem via transmissão SINTEGRA ou diretamente ao autuante.

Contesta a alegação de confisco, haja vista que a multa é de apenas 1% das entradas ou saídas e incidiu apenas sobre os meses que foram intimados e a empresa não indicou o registro 74.

Pede o julgamento procedente ao Auto de Infração.

## VOTO

Cuida o presente Auto de Infração da exigência das infrações à obrigação principal e acessória conforme relatadas na inicial dos autos.

Nas suas alegações defensivas, o autuado não apresentou qualquer impugnação quanto às infrações 2 e 3, mas reconhece-as, efetuando seus respectivos pagamentos, conforme prova o DAE, anexo à fl. 100. Assim, considero que a infração está devidamente comprovada, não existindo lide e fora da apreciação do relator.

Insurge-se, no entanto, o sujeito passivo, com relação à infração 1, redução considerada indevida da base de cálculo do leite longa vida, nos termos do artigo 87, inciso XXXV, RICMS/BA (aprovado pelo Decreto/BA nº 6.284/97, com redação dada pelo artigo 100, do Decreto nº 10.984/08), sob o argumento que a norma baiana ao instituir o tratamento diferenciado em função da procedência do produto, considerando que o normativo restringe a redução da base de cálculo do ICMS exclusivamente ao leite “longa vida” produzido no Estado da Bahia, afronta a Carta Magna e ao Código Tributário Nacional – CTN, além do Convênio ICMS 128/94.

Invoca em defesa de sua tese a doutrina gabaritada do país, jurisprudência colhida de nossos tribunais, além de uma série de princípios constitucionais e tributários, entre eles, o Pacto Federativo, que estariam sendo afrontados a partir da forma como foi estabelecido o benefício fiscal do art. 87, inciso XXXV, RICMS/BA e, por isso, deve ser considerado inconstitucional.

Inicialmente, cumpre esclarecer que a principal fundamentação trazida pelo sujeito passivo, de que a limitação do benefício da redução da base de cálculo em relação às mercadorias produzidas neste Estado é inconstitucional, não é da competência deste Órgão julgador, conforme previsão expressa do art. 167, I, do RPAF/BA.

De fato, o RICMS-BA vigente, no art. 87, inciso XXXV, contempla as operações internas com leite de gado tipo longa vida (esterilizado) fabricado neste Estado com a redução da base de cálculo, de forma que a carga tributária incidente na operação corresponda ao percentual de 7% (sete por cento). Portanto, apenas nas operações internas com leite de gado tipo longa vida (esterilizado), adquirido de fabricante estabelecido neste Estado, o contribuinte poderá utilizar o benefício estabelecido no dispositivo supra e aplicar a alíquota de 17% sobre a base de cálculo reduzida de forma que a carga tributária incidente na operação corresponda ao percentual de 7% (sete por cento), conforme mandamento do regulamento de ICMS abaixo descrito:

*Art. 87. É reduzida a base de cálculo:*

*XXXV - 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);*

Os tribunais vêm firmando jurisprudência, definindo que os Estados não podem conceder qualquer tipo de vantagem envolvendo o imposto sem convênio prévio do Conselho Nacional de Política Fazendária CONFAZ, considerando que o art. 155 da Constituição Federal atribui à lei complementar a função de regulamentar a forma em que os incentivos fiscais serão concedidos; por sua vez, a Lei Complementar nº 24/75 diz que esses benefícios dependerão de convênio prévio do CONFAZ.

No entanto, todos os Estados da Federação vêm concedendo vantagem de forma unilateral na defesa de seus interesses, objetivando estimular a atividade econômica dentro de seus territórios, preservando a competitividade e para não perder espaço para a concorrência exercida por outros Estados. O argumento final é que não se trata de incentivo fiscal para atrair investimento, mas de uma salvaguarda contra benefícios concedidos por outros Estados, nas operações interestaduais.

O Estado da Bahia com a edição do Decreto nº 10.984, de 26/03/08 não desobedece ao Convênio ICMS 128/94, conforme declarou o autuado, porquanto o mesmo dispõe sobre as operações com as mercadorias que compõem a cesta básica e desta não faz parte leite longa vida (art. 51, I, “a”).

Analisando a infração, nos limites da minha competência, constato que ela se encontra correta, uma vez que restou suficientemente comprovado que o sujeito passivo, de fato, utilizou indevidamente o benefício previsto no art. 87, XXXV, RICMS, nas vendas de leite longa vida, em relação às mercadorias produzidas fora do Estado da Bahia, conforme demonstrativo de fls. 07/11.

Estando comprovado que a referida norma encontra-se vigente e que o sujeito passivo utilizou o benefício de forma indevida, mantenho a infração e procedente é a exigência de R\$ 48.864,77.

Nesse sentido, inclusive, é o entendimento do CONSEF que, assim, vem decidindo, como o fez no Acórdão CJF Nº 0224-12/09.

A infração 4 trata de multa por descumprimento de obrigação acessória, tendo em vista que o sujeito passivo deixou de fornecer os arquivos magnéticos exigidos mediante intimação, com as informações das operações ou prestações realizadas. A acusação é que não foi apresentado o REGISTRO 74 (INVENTÁRIO) dos arquivos magnéticos nos meses 12/2008, 01/2009, 12/2009 e 01/2010, após intimação, nos termos do art. 42, inciso XIII-A, alínea “i”, da Lei 7.014/96, com multa no valor de R\$ 362.694,83.

Na infração 5, exige-se multa de R\$ 1.380,00 prevista no art.42, inciso XIII-A, alínea “j”, da Lei nº 7.014/96, pela falta de entrega de arquivo magnético (REGISTRO 74 – INVENTÁRIO) dos meses 12/2008, 01/2009, 12/2009 e 01/2010, nos prazos previstos na legislação, o qual deveria ter sido enviado via internet através do programa Transmissão Eletrônica de Dados (TED), Validador / SINTEGRA, que disponibilizaria o recibo de entrega do arquivo cancelado eletronicamente, após a transmissão, nos termos do art. 708-A, § 4º RICMS BA.

Alega o autuado que a imposição de penalidade, nesse montante, afronta aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, considerando que o direito tributário deve se pautar dentro de coerência, levando em conta o motivo e o fim a que se dirige a norma tributária. Insiste que a autuação, multa prevista no artigo 42, inciso XIII-A, alínea j, da Lei (BA) nº 7.014/96, ofende aos princípios da Capacidade Contributiva e da Vedação ao Confisco.

Admite que existem falhas ou erros no registro 74, mas, que fez a entrega dos arquivos magnéticos, conforme o “Protocolo SINTEGRA” relativos aos meses em questão, constando o registro 74, além do e-mail datado de 26 de agosto de 2010, endereçado ao Auditor Fiscal.

A seu tempo, diz o Auditor Fiscal que os arquivos foram enviados equivocadamente para a Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, conforme provam os recibos anexados às fls. 84/88. Informa ainda que comunicou tal situação aos prepostos do estabelecimento autuado sem que houvesse correção até a data da lavratura do Auto de Infração em tela.

Da análise das peças processuais e legislação pertinente à matéria, verifico que art. 686, RICMS BA prevê a obrigação dos contribuintes usuários de sistema eletrônico de processamento de dados manterem os arquivos magnéticos, pelo prazo de cinco anos. O art. 708-A aplica-se à obrigação de fazer a entrega mensal dos arquivos magnéticos, nos prazos regulamentares e o art. 708-B se refere à falta de entrega de arquivos magnéticos, quando regularmente intimados.

No caso concreto, versa a infração de ter deixado o contribuinte de fornecer arquivos eletrônicos de dados exigidos mediante intimação, com informações das operações referentes a dezembro de 2008, janeiro de 2009, dezembro de 2009 e janeiro de 2010. Para isso emitiu o Auditor Fiscal termo de intimação de fls. 46/47, no dia 29.09.10, dando um prazo de 30 dias para a correção das inconsistências apontadas, nesse caso, a falta do registro tipo 74, que indica a quantidade e valor de produtos em estoques.

Nas razões, não obstante a breve afirmação da entrega dos arquivos, a alegação centraliza que houve afronta aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, capacidade contributiva e da vedação ao confisco, em face da imposição da penalidade. Certo, no entanto, é que o sujeito passivo incidiu no descumprimento de obrigação concernente à entrega dos arquivos com falta do registro 74, mediante regular intimação, conforme se verifica a partir do documento anexado à fl. 46, nos termos do art. 708-B, RICMS BA e cuja multa pelo seu descumprimento está prevista no artigo 42, inciso XIII-A, alínea “i”, da Lei (BA) nº 7.014/96.

O descumprimento da obrigação tributária acessória de fazer resta caracterizado, porque o sujeito passivo, intimado para a entrega dos arquivos eletrônicos contendo o registro 74, não faz prova de entrega dos arquivos eletrônicos solicitados, nem via transmissão SINTEGRA ou diretamente ao autuante, até o momento da lavratura do Auto de Infração. As cópias do protocolo SINTEGRA, fls. 91/94, trazidas aos autos pelo autuado provam que os arquivos estavam sendo enviados, equivocadamente, para a Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo. Mesmo cientificado

pelo Auditor Fiscal da recepção dos arquivos por outro ente, fl. 101, o contribuinte não diligenciou no sentido de solucionar o problema.

O Auditor Fiscal juntou demonstrativo sintético às folhas 39/42, indicando os valores das saídas e entradas mensais, utilizados na apuração do valor, nos períodos em que tais arquivos magnéticos foram entregues com ausência do registro 74; faz juntada de parcela dos documentos que provam a ausência de entrega dos aludidos registros (fls. 43/45); intimação específica com descrição das inconsistências existentes (fl. 46), relativamente aos períodos relativos à exigência. Está, portanto, plenamente caracterizado o descumprimento da obrigação acessória com a imposição da multa prevista na hipótese de incidência, no total de R\$ 362.694,83.

Na infração 5, a exigência da multa de R\$ 1.380,00 é feita cumulativamente com a exigência anterior, pela falta de entrega do registro 74, nos prazos previstos na legislação, dos arquivos eletrônicos que deveriam ter sido enviados via internet através do programa Transmissão Eletrônica de Dados (TED), nos meses 12/2008, 01/2009, 12/2009 e 01/2010.

No caso em tela, o sujeito passivo deixa de entregar os arquivos magnéticos dentro do prazo previsto na legislação, cuja obrigação da entrega já se encontra formalizada no dispositivo legal e desnecessária qualquer outra ação específica para tanto, no caso, a intimação concretizadora da obrigação tributária acessória. É o presente caso regulamentado pelo artigo 708-A, RICMS BA e tal penalidade tipificada no artigo 42, XIII-A, “j”, da Lei 7.014/96, multa no valor de R\$ 1.380,00, que deve ser aplicada cumulativamente com a multa de 1% (um por cento) do valor das saídas, exigida na infração 04, em conformidade com a legislação. Infração também caracterizada.

Na impugnação apresentada, o autuado nega a acusação, questiona o montante, mas não apresenta elementos que torne improcedente a exigência. Não constam dos autos provas que os tenham sido enviados conforme manda a legislação e com recibos de entrega chancelados eletronicamente, após a transmissão ou na repartição fazendária. Diz o art. 143, RPAF BA vigente, que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Ressalvo, contudo, as datas referenciadas nos campos da ocorrência e vencimento dessa infração, pois, nos casos da aplicação de multa por falta de cumprimento de determinada intimação, somente se considera ocorrida a infração no primeiro dia útil subsequente ao termo final do prazo fixado pela autoridade fazendária competente. Durante o prazo, por óbvias razões, não há descumprimento da intimação e, portanto, não há infração. Nesse sentido, inclusive, dispõe a Orientação Técnica da GEAFI 003/2005, item 6.

Assim sendo, como a intimação fornecida ao contribuinte foi entregue em 29/09/2010, fl. 46; o prazo de trinta dias findou-se em 28/10/2009, somente a partir de 28/10/2009, considera-se como ocorrida a infração, devendo esta data constar dos campos “data de ocorrência” e “data de vencimento” da autuação.

Assim, a exigência é subsistente, porém, com retificação das datas de ocorrência e o vencimento correspondente.

No que tange às multas aplicadas, questiona o autuado que vai em ofensa aos princípios da capacidade contributiva e vedação ao confisco, entendendo não prosperar tal alegação, uma vez que o percentual de 1% previsto na norma incide sobre o montante das receitas do próprio contribuinte e o mesmo encontra-se consignado na Lei de ICMS (art.42) do Estado da Bahia.

Outrossim, entendo pertinente a possibilidade de revisão da multa aplicada na infração, em sede recursal, uma vez que, na esteira do disposto no art. 142, do CTN, no lançamento tributário, o auditor fiscal apenas propõe a penalidade, pois o crédito tributário ainda não está definitivamente constituído, cabendo à Corte Julgadora Administrativa, em segunda instância, na hipótese de litígio, fazer a correção da sanção proposta, caso assim seja também entendido, constituindo definitivamente o crédito tributário, em homenagem aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, também arguidos pelo sujeito passivo.

Voto pela PROCEDÊNCIA do presente Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269352.0014/10-2**, lavrado contra **COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO (EXTRA SUPERMERCADO)**, devendo o autuado ser intimado a efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$123.719,37**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “a” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$364.074,83**, previstas no art. 42, incisos XIII-A, incisos “i” e XIII-A, “j”, da supracitada lei, com os acréscimos moratórios, conforme estabelece a Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados dos valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de junho de 2011.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – JULGADOR