

PROCESSO - A. I. Nº 269352.0014/10-2
RECORRENTE - COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO (EXTRA SUPERMERCADO)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JF nº 0183-05/11
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 02/01/2013

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0409-11/12

EMENTA: ICMS. 1. ALÍQUOTA. ERRO NA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS DO ICMS. A redução de base de cálculo prevista na legislação tributária estadual contempla as 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. DOCUMENTOS FISCAIS. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. a) QUANDO REGULARMENTE INTIMADO. EXIBIÇÃO INCOMPLETA. 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, com a entrega da Listagem Diagnóstico. Infração caracterizada, pois o contribuinte não promoveu as retificações necessárias mesmo após a intimação, todavia, foi excluída a multa relativa aos meses de janeiro de 2009 e janeiro de 2010, uma vez que a obrigação é uma só, não podendo haver duplicidade na apenação. b) NOS PRAZOS PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. O autuado entregou os arquivos magnéticos sem o Registro 74, descumprindo a previsão contida no artigo 708-A do RICMS/BA, sujeitando-se à multa de R\$1.380,00, cumulativamente com a penalidade anterior, nos termos do artigo 42, inciso XIII-A, alínea “j”, da Lei nº 7014/96. Infração caracterizada. Este CONSEF não tem competência para apreciar argumentos de inconstitucionalidade da legislação tributária baiana. Retificadas as datas de ocorrência e de vencimento da infração 4, para o dia 29/10/10, e da infração 5, para o dia 26/01/10. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente a presente autuação, por meio da qual foi imputado ao sujeito passivo o cometimento de cinco irregularidades, sendo objeto deste Recurso as infrações 1, 4 e 5, abaixo descritas:

INFRAÇÃO 1 - recolhimento a menos do ICMS no valor de R\$48.864,77 em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Consta ainda que, nas saídas feitas por meio do Equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) 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 artigo 87, inciso XXXV, do RICMS/97, no período de janeiro a maio de 2010;

INFRAÇÃO 4 - falta de fornecimento de arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas. Consta, ainda, que o contribuinte deixou de apresentar o REGISTRO 74 – INVENTÁRIO dos arquivos magnéticos do SINTEGRA dos meses 12/2008, 01/2009, 12/2009 e 01/2010. Multa de 1% no valor de R\$ 362.694,83;

INFRAÇÃO 5 - falta de entrega de arquivos magnéticos, nos prazos previstos na legislação, os quais deveriam ter sido enviados pela internet por meio do programa Transmissão Eletrônica de Dados (TED), nos meses 12/2008, 01/2009, 12/2009 e 01/2010, especificamente do REGISTRO 74 – INVENTÁRIO. Foi cobrada a penalidade no valor de R\$1.380,00 relativamente ao mês de janeiro de 2010.

A Junta de Julgamento Fiscal decidiu pela procedência da autuação com a fundamentação transcrita abaixo:

“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, anexado 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”).

Analizando 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.”

Inconformado, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário em relação às infrações 1, 4 e 5 com a seguinte argumentação:

Infração 1 – diz que o artigo 87, inciso XXXV, do RICMS/BA, ao instituir o tratamento diferenciado em função da procedência do produto leite longa vida, viola o Princípio da Não-Diferenciação Tributária previsto no artigo 152 da Constituição Federal e no artigo 11 do Código Tributário Nacional, consoante o entendimento do jurista Sacha Calmon Navarro Coêlho, que transcreve.

Frisa que o Supremo Tribunal Federal (STF), ao longo do tempo e em diversas outras ocasiões, afastou tentativas dessa natureza, que quebram a neutralidade econômica, a livre concorrência e violam frontalmente a Constituição Federal. Transcreve a ementa das decisões proferidas na ADI nº 349-MC/DF, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU 26/10/90; na ADI nº 3.389/RJ, Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJE 01/02/08; e na ADI nº 3.936-MC/PR, Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ

09/11/2007, para demonstrar que não há dúvidas acerca da inconstitucionalidade e da ilegalidade da restrição imposta pelo artigo 87, inciso XXXV, do RICMS/BA (com redação dada pelo artigo 100 do Decreto nº 10.984/08), razão pela qual pede que esse item do Auto de Infração seja totalmente cancelado.

Prossegue dizendo 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, encontra, ainda, outra barreira na Constituição Federal: no artigo 155, § 2º, XII, “g”, e no Convênio ICMS 128/94, uma vez que se trata de produto essencial à população e, havendo discriminação na carga tributária em função da origem, haverá também um impacto negativo sobre o preço final da mercadoria, deitando por terra o objetivo social da seletividade do produto em razão de sua essencialidade consoante previsto no Texto Constitucional.

Ressalta que o Poder Judiciário tem reconhecido que tais condutas por parte do Fisco, além de evidenciarem caráter de protecionismo à produção local, ferem o próprio intento da concessão do aludido benefício, como se verifica na Decisão proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 053.08.604401-2, 10ª Vara da Fazenda Pública do Estado de São Paulo, de 17/11/08, cujo conteúdo transcreveu. Pede a improcedência da autuação.

Infrações 4 e 5 – alega que, ao contrário do que consta na peça acusatória, apresentou os arquivos magnéticos com o Registro 74, conforme se verifica pelo e-mail datado de 26 de agosto de 2010 e endereçado ao autuante (fl. 90), antes mesmo de ter sido intimado para apresentação de tais arquivos, o que ocorreu no dia 29/09/10. Dessa forma, salienta que o preposto fiscal, antes mesmo de expedir a intimação (fls. 46 e 47), já dispunha dos arquivos magnéticos com a inclusão do Registro 74.

Por fim, afirma que a multa ofende os princípios constitucionais da Razoabilidade, segundo o qual *“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”*, e da Proporcionalidade que *“funciona como controle dos atos estatais, com a inclusão e manutenção desses atos dentro do limite da lei e adequado a seus fins. Ou seja, não visa o emprego da letra fria da lei, mas, sim, sua proporcionalidade aos fatos concretos, devendo o aplicador da norma usá-la de modo sensato, com vistas à situação específica de cada contribuinte”*.

Acrescenta que a penalidade ofende ainda os Princípios da Capacidade Contributiva e da Vedação ao Confisco, previstos no Texto Constitucional.

Ad argumentandum, ressalta que agiu com boa-fé na intenção de fornecer ao Agente Fiscal todos os documentos e informações solicitados e lamenta que, apesar de ter apresentado todos os arquivos magnéticos solicitados pela fiscalização, o “Registro 74” referente aos meses de 01/2009, 12/2009 e 01/2010, possuía inconsistências e/ou falhas, as quais foram sanadas quando do envio do e-mail datado de 26/08/10. Lembra, ainda, que a “suposta” infração não causou nenhum prejuízo ao Erário, porquanto todos os tributos devidos estão regularmente quitados. Frisa que possui histórico fiscal exemplar e que não foi autuado pelo fisco da Bahia em relação a tais fatos, não havendo, portanto, reincidência.

Cita diversas decisões do Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo (TIT-SP) pela aplicação de multa equivalente a certa quantidade de UFESP’S pelo descumprimento de mera obrigação acessória e, mais recentemente, pela aplicação do artigo 527-A do RICMS/SP, reduzindo a penalidade em hipóteses análogas à dos presentes autos. Traz à colação o pensamento da doutrina a respeito e pede o cancelamento ou a redução das multas indicadas no lançamento de ofício.

Protesta, finalmente, pela produção de sustentação oral quando do julgamento do Recurso, requerendo, para tanto, que seja intimada a sua procuradora, Dra. Maria Helena Tavares de Pinho Tinoco Soares, no endereço constante do rodapé do Recurso Voluntário.

A PGE/PROFIS, em seu Parecer, opina pelo Improvimento do apelo recursal, entendendo, em relação à infração 1, que a redução de base de cálculo prevista no Decreto nº 7.826/00 não se configura como um “*tratamento diferenciado dado ao leite produzido fora do Estado, mas sim de benefício fiscal, concedido ao leite produzido dentro do Estado*”, devendo ser analisado de forma restritiva.

Ressalta que não cabe a este órgão julgador a apreciação de alegação de inconstitucionalidade, nos termos do artigo 167 do RPAF/99, devendo ser aplicada a legislação vigente.

No que concerne à infração 4, aduz que o documento anexado à fl. 90 “*revela que os Registros de Inventário – 74 não constam da lista dos arquivos magnéticos enviados*” e conclui que “*a prova de remessa dos arquivos magnéticos, no prazo solicitado, portanto, inexistente.*”

Por fim, afirma que “*a multa aplicada é a prevista na legislação aplicável, e a exemplo das alegações de inconstitucionalidade aduzida em relação à infração 01, não cabe ao CONSEF apreciá-las.*”

VOTO

No que se refere à infração 1, em conformidade com o opinativo proferido pela PGE/PROFIS, deixo de acatar a alegação trazida no Recurso Voluntário, de conflito entre a legislação estadual - que confere ao leite produzido dentro do Estado o benefício fiscal da redução de base de cálculo - e os dispositivos constitucionais e legais citados na peça recursal, pelas razões seguintes:

Primeiro, porque tal norma não sofreu nenhuma pecha de inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário, a quem cabe pronunciar-se sobre tal matéria, além do que o benefício fiscal concedido é caracterizado pelo próprio Judiciário como isenção parcial.

Depois, a regra inserta no artigo 167, inciso I, do RPAF/BA, abaixo transcrito, expressamente veda a este órgão julgador administrativo a declaração de inconstitucionalidade de dispositivos da legislação baiana.

Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade;

No mérito, verifico que o recorrente não nega o cometimento da infração, restringindo sua argumentação à alegação de ofensa a princípios constitucionais. A infração que lhe foi imputada encontra-se perfeitamente caracterizada, pois, em se tratando de operações de saídas internas de leite tipo longa vida fabricado em outra unidade da Federação, não se aplica a regra de redução de base de cálculo disposta no Decreto nº 7.826, de 21/06/00, com a redação dada ao seu artigo 1º pelo Decreto nº 8.413, de 30/12/02 (Alteração nº 38 ao RICMS/BA, com efeitos a partir de 01/01/03) que restringiu o referido benefício fiscal ao leite fabricado neste Estado, *in verbis*:

Art. 1º Fica reduzida em 58,825% (cinquenta e oito inteiros e oitocentos e vinte e cinco milésimos por cento) a base de cálculo do ICMS nas operações de saídas internas de leite de gado classificado nas categorias a seguir indicadas, fabricado neste Estado, de forma que a carga tributária incidente na operação corresponda ao percentual de 7% (sete por cento) e somente para o leite tipo longa vida (esterilizado) e leite em pó.

As planilhas acostadas aos autos pelo autuante, com a relação das notas fiscais de aquisição do produto em referência e demais documentos que constituem o presente lançamento de ofício comprovam a sua aquisição em outras unidades da Federação, no período em que já se encontrava vigente a nova redação dada ao Decreto nº 7.826, de 21/6/200 pelo Decreto nº 8.413/02, sendo indevida, portanto, a redução de base de cálculo nas vendas de leite longa vida adquirido fora do Estado da Bahia.

Aliás, sobre essa matéria este Conselho de Fazenda já se manifestou em inúmeras decisões com este mesmo entendimento, podendo ser citados os Acórdãos CJF nºs 0173-12/12, 0183-11/12, 0150-11/10, 0107-11/10, 0111-11/10, 0138-11/10, 0125-11/10, 0146-11/10 e 0082-11/12.

Concernente às infrações 4 e 5, o recorrente suscitou a inconstitucionalidade das penalidades aplicadas por ofensa aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, bem como pelo caráter confiscatório dos valores lançados.

Como dito acima, este CONSEF encontra-se impedido de se manifestar sobre a inconstitucionalidade de dispositivos da legislação tributária baiana por força do artigo 167 do RPAF/99, já transcrito neste voto.

No mérito, quanto à infração 4, o contribuinte afirmou que enviou ao autuante, por e-mail, no dia 26/08/10 (fl. 90) os arquivos magnéticos contendo o Registro 74 - que se refere aos dados constantes no livro Registro de Inventário de cada exercício.

Ocorre que o autuante anexou duas intimações datadas de 19/07/10 e 29/09/10 (fls. 46 e 49) demonstrando que solicitou inicialmente a apresentação dos arquivos magnéticos com o Registro 74 no prazo de cinco dias úteis e, posteriormente, concedeu o prazo de trinta dias para a correção dos erros apurados, entretanto, findo o prazo, não houve a retificação dos arquivos magnéticos.

Pela descrição dos fatos no lançamento de ofício, verifico que se está cobrando penalidade por descumprimento de obrigação acessória pelo fato de o contribuinte ter entregue à fiscalização, após ser intimado, os arquivos magnéticos referentes aos exercícios de 2008 e 2009 sem o Registro 74, concernente aos dados constantes nos livros Registro de Inventário de 31/12/08 e 31/12/09.

A obrigação relativa à entrega, à fiscalização, dos dados constantes nos inventários está prevista no § 6º do artigo 686 do RICMS/97 com a redação dada pela Alteração nº 98 (Decreto nº 10.710, de 18/12/07), efeitos a partir de 19/12/07:

Art. 686.

(...)

§ 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, podendo, contudo, apresentar o referido registro em arquivos magnéticos até 60 dias após a realização do inventário, devendo utilizar, no campo 12 do Registro Tipo 10, o código de finalidade “3”, referente à retificação aditiva dos citados arquivos.

A Lei nº 7.014/96 estabelece, em seu artigo 42, inciso XIII-A, com a redação dada pela Lei nº 10.847/07, efeitos a partir de 28/11/07, o seguinte:

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:

(...)

i) 5% (cinco por cento) do valor das entradas e saídas de mercadorias, bem 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;

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;

Essa matéria foi objeto de recente Decisão desta 1ª Câmara de Julgamento Fiscal com voto do Conselheiro Fábio de Andrade Moura no Acórdão CJF nº 0059-11/12 que vai transcrito a seguir:

Na infração 3, o contribuinte foi autuado por ter fornecido seus arquivos magnéticos de dezembro de 2006 com omissão do Registro 74, cujos dados são relativos ao inventário de 2006.

O recorrente não negou a acusação, alegando, apenas, que não foi apresentada a memória de cálculo da multa, o que teria prejudicado seu direito de defesa. Não obstante a alegação recursal, o próprio contribuinte reconheceu que o percentual de 1% foi aplicado sobre o somatório de todas as operações de saídas do ano de 2006 e, embora o autuante não tenha apresentado um demonstrativo específico, o que seria recomendável, verifiquemos que a base de cálculo adotada foi extraída das Declarações de Movimento Mensal (DMA) apresentadas pelo sujeito passivo (fl. 40), totalizando a base de cálculo de R\$11.776.967,46 e multa de R\$117.769,67 (1%), ficando afastada, portanto, a arguição de nulidade da infração.

Quanto ao reenquadramento da multa procedido pela Junta de Julgamento Fiscal, concordo com o entendimento da PGE/PROFIS. Efetivamente, cabe ao agente fazendário apresentar a descrição dos fatos considerados ilícitos tributários e sugerir a multa. Ao órgão julgador compete aplicar a penalidade cabível, conforme previsto no artigo 142 do CTN. A par disso, por expressa previsão do art. 19, do RPAF vigente, eventual equívoco na indicação do dispositivo normativo que respalda a exigência não enseja a nulidade da autuação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal, como ocorre na espécie.

No mérito, o recorrente alegou que a base de cálculo da penalidade jamais poderia ser o total das saídas do exercício de 2006, mas apenas o mês de dezembro, porque é neste mês que ele tinha a obrigação de apresentar os dados referentes ao inventário. Esse posicionamento foi acatado pela PGE/PROFIS, em seu Parecer opinativo.

Analisando a legislação regente, verifico que o § 6º do artigo 686 do RICMS/97 prevê que:

Art. 686.

(...)

§ 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, podendo, contudo, apresentar o referido registro em arquivos magnéticos até 60 dias após a realização do inventário, devendo utilizar, no campo 12 do Registro Tipo 10, o código de finalidade “3”, referente à retificação aditiva dos citados arquivos.

A Lei nº 7.014/96 estabelecia em seu artigo 42, inciso XIII-A, no período de 11/02/05 a 27/11/07 (redação dada pela Lei nº 9.430/05), o seguinte:

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:

(...)

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;

g) 1% (um por cento) do valor das saídas de mercadorias e das prestações de serviços realizadas em cada período de apuração, pelo não fornecimento, mediante intimação, do respectivo arquivo magnético contendo a totalidade das operações de entrada e de saída e das prestações de serviços tomadas e realizadas, ou pela entrega dos referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitem a sua leitura;

No lançamento de ofício, o agente fazendário descreveu a infração da seguinte forma: “Forneceu informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requeridos mediante intimação, com omissão de operações ou prestações, 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 omitidas”. Mais adiante foi consignado que o autuado “deixou de fornecer as informações nos arquivos magnéticos referentes ao Registro 74, inventário de mercadorias no mês de dezembro de 2006, conforme cópia das intimações anexas ao PAF”.

Observe, ainda, que a autoridade fiscalizadora capitulou a penalidade no “artigo 42, inciso XIII-A, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 9.159/04”.

Ficou claro, em meu entendimento, que deve ser aplicada, no caso concreto, a multa de 5% sobre o montante dos dados omitidos nos arquivos magnéticos, isto é, o valor total do inventário final do exercício de 2006, não podendo ser superior a 1% do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento no respectivo período de apuração, ou seja, no mês de dezembro de 2006 – mês em que o contribuinte estava obrigado a fornecer o arquivo magnético do inventário das mercadorias (artigo 686, § 6º, do RICMS/97). (grifos não originais)

Vale registrar que a acusação não é de falta de escrituração do livro registro de inventário, mas, repita-se, de fornecimento do arquivo magnético sem os dados relativos ao inventário, conduta específica e que tinha data precisa para a sua prática – dezembro de 2006. Não se pode conceber, portanto, que a limitação da penalidade prevista na Lei (1% do valor das saídas do período de apuração) abranja todo o exercício de 2006, pois isso teria como resultado a incidência da multa sobre os meses de janeiro a novembro, em que o contribuinte não estava obrigado a fornecer o arquivo magnético do inventário. A multa, portanto, estaria a alcançar período em que não houve qualquer ilícito por parte do sujeito passivo, o que é inadmissível do ponto de vista jurídico.

Portanto, a base de cálculo da multa deve corresponder ao valor do inventário de 2006, aplicando-se o percentual de 5% sobre tal montante, limitado a 1% do valor das saídas do mês de dezembro. Como o contribuinte não comprovou nos autos o montante do inventário de 2006, o cálculo deve ser feito apurando-se 1% sobre R\$1.080.042,32 (total das operações de saídas de mercadorias em dezembro de 2006 – documento de fl. 86), o que perfaz R\$10.800,42. (grifos não originais)

Assim, anuo com o Parecer da PGE/PROFIS e com o voto discordante da Junta de Julgamento Fiscal, embora por fundamentação diversa, devendo ser reformada a Decisão recorrida, a fim de reduzir o valor da penalidade da infração 3 para R\$10.800,42, como anteriormente demonstrado.

Ante o exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para reduzir o valor da penalidade da infração 3 para R\$10.800,42, devendo ser homologados os valores pagos.

Assim, pela Decisão deste Colegiado, acima transcrita, ficou assentado que, na falta de inclusão de dados referentes ao Registro 74 nos arquivos magnéticos solicitados mediante intimação, deveria ser aplicada à penalidade calculada pela incidência do percentual de 5% sobre o inventário do final do exercício, limitado a 1% do montante das saídas do mês de dezembro.

Muito embora tenha acompanhado o voto do ilustre relator no acórdão acima referido, refleti com mais cuidado sobre a matéria e reconsiderarei, em parte, o posicionamento então adotado.

É que, ao analisar a Lei nº 7.014/96, constatei que a penalidade de 5% prevista na alínea “j” do inciso XIII-A do artigo 42 da Lei nº 7.014/96 (correspondente à mesma penalidade prevista na alínea “f” do inciso XIII-A do artigo 42 da mencionada Lei para os fatos geradores ocorridos até 27/11/07) deve ser aplicada quando houver omissão, nos arquivos magnéticos, de operações de entradas ou saídas (ou prestações de serviços do âmbito do ICMS) ou, ainda, divergência entre os dados lançados nos arquivos magnéticos e aqueles constantes nos documentos fiscais.

Em consequência, concluo que a falta de inclusão, nos arquivos magnéticos, de informações relativas ao inventário de cada exercício (Registro 74) não pode ser considerada como omissão ou divergência, nos termos da lei acima citada, devendo ser entendida como uma entrega de arquivos fora das especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, uma das inconsistências genericamente referidas nos §§ 3º, 5º e 6º, do artigo 708-B do RICMS/97, abaixo transcritos:

Art. 708-B. 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.

§ 3º Tratando-se de intimação para correção de **inconsistências** verificadas em arquivo magnético, deverá ser fornecida ao contribuinte Listagem Diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas.

§ 5º O contribuinte terá o prazo de 30 dias, contados da data do recebimento da intimação, para corrigir arquivo magnético apresentado com **inconsistência**, devendo utilizar, no campo 12 do Registro Tipo 10, o código de finalidade “2”, referente a retificação total de arquivo.

§ 6º A entrega de arquivo magnético em atendimento à intimação de que trata o caput deste artigo, **fora das especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95**, configura não fornecimento, estando o contribuinte sujeito à penalidade prevista na alínea “j” do inciso XIII-A do art. 915 deste Regulamento.

Em decorrência do que foi exposto, entendo que está correta a capitulação e o percentual da multa lançada neste Auto de Infração (1%). Todavia, como mencionado anteriormente, a legislação somente obriga os contribuintes a incluir nos arquivos magnéticos os dados referentes ao inventário no mês em que ele for realizado.

No caso dos autos, restou demonstrado que o inventário dos exercícios de 2008 e 2009 foi efetuado pelo contribuinte no mês de dezembro e, sendo assim, neste mês é que o recorrente estaria obrigado a lançá-lo nos arquivos magnéticos como estoque final de mercadorias.

O fato de a legislação prever que os dados referentes ao inventário final sejam repetidos em janeiro do ano seguinte a título de estoque inicial, não pode ser motivo para que a multa seja aplicada nos dois meses, como foi feito nesta autuação: dezembro de um ano e janeiro do ano seguinte. Isso porque a obrigação de lançar o inventário é uma só. Basta que o contribuinte registre nos arquivos magnéticos do mês de dezembro os dados do inventário, para que a fiscalização possa desenvolver perfeitamente o seu trabalho. Sendo a obrigação uma só, não pode haver dupla apenação.

Por tudo quanto foi exposto, concluo que deve ser excluído, deste lançamento de ofício, o débito concernente a janeiro de 2009 e janeiro de 2010, remanescendo os valores relativos aos meses de dezembro de 2008 e dezembro de 2009, uma vez que, apesar de alegado no apelo recursal, não ficou comprovado o cumprimento da obrigação acessória como explanado neste voto.

Não obstante, verifico, ainda, que devem ser ajustadas nas datas de ocorrência e de vencimento do débito concernente à infração 4 (consoante determinação contida no item 6 da Orientação Técnica OG-GEAFI-FISC-003/2005) para o primeiro dia útil subsequente ao término do prazo concedido pelo Fisco para correção das irregularidades constatadas, isto é, o dia 29/10/10, considerando que o prazo de 30 dias iniciou-se em 29/09/10 e esgotou-se em 28/10/10 (intimação acostada à fl. 46 dos autos).

Em referência à infração 5, observo que, de acordo com os documentos anexados por ocasião da defesa (fls. 90 a 95), já que nada foi apresentado juntamente com o Recurso Voluntário, restou comprovado que os arquivos magnéticos foram remetidos, via internet, em 19/08/10 e 20/08/10 para a Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo e não para a Secretaria da Fazenda da Bahia, restando configurada a falta de envio, nos prazos legais, dos arquivos magnéticos, exatamente como relatado na infração 5 da autuação.

Dessa forma, mantenho o débito lançado, de R\$1.380,00, uma vez que o artigo 42, inciso XIII-A, alínea “j”, da Lei nº 7.014/96, acima transcrito, prevê a sua aplicação cumulativa com a multa de 1% lançada na imputação 4 deste Auto de Infração.

Ressalto que, na situação dos autos, o preposto fiscal deveria ter aplicado a multa de R\$1.380,00 pela falta de envio, pela internet, dos arquivos magnéticos relativos aos meses de dezembro de 2008 e dezembro de 2009, por cada mês em que foi descumprida a obrigação acessória. Entretanto, como só foi indicada uma multa, este Colegiado encontra-se legalmente impedido de agravar a situação do contribuinte.

Além disso, verifico que o autuante indicou, no lançamento de ofício, como datas de ocorrência e de vencimento do débito referente à falta de envio dos arquivos magnéticos de dezembro de 2009, os dias 01/01/10 e 09/02/10, respectivamente, quando deveria ter indicado o dia 26/01/10, conforme estatuído no artigo 708-A, inciso III, do RICMS/97, para os contribuintes com inscrição estadual com algarismo final “8” (caso do autuado, com inscrição estadual nº 56.308.648). Vejamos o dispositivo citado:

Art. 708-A. O contribuinte do ICMS usuário de SEPD deverá entregar o arquivo de que trata este capítulo, referente ao movimento econômico de cada mês:

(...)

III - até o dia 25 do mês subsequente, tratando-se de contribuintes com inscrição estadual de algarismo final 7 ou 8;

Sendo assim, devem ser retificadas as datas de ocorrência e de vencimento da infração 5 para o dia 26/01/10, porque só nesse dia se configurou o descumprimento da obrigação acessória de envio, pela internet, do arquivo magnético – Registro 74 - relativo a dezembro de 2009.

Não vislumbro, nos autos, os requisitos para a redução da multa, nos termos do § 7º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, uma vez que a falta de dados do inventário efetivamente dificultou a aplicação do roteiro de levantamento quantitativo de estoques, auditoria extremamente importante para o fisco, não se podendo afirmar que não implicou falta de recolhimento do tributo.

Também não acato o argumento do recorrente, de que as multas aplicadas são confiscatórias, pois estão previstas na Lei nº 7.014/96 para a hipótese aventada neste Auto de Infração, não cabendo ao CONSEF a apreciação de argumentos relacionados à inconstitucionalidade da legislação estadual (artigo 167 do RPAF/99).

Não há nenhum óbice a que as intimações também sejam dirigidas à procuradora do recorrente no endereço constante do rodapé do Recurso Voluntário.

Do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, reformando a Decisão recorrida para excluir deste Auto de Infração os valores relativos aos meses de janeiro de 2009 e janeiro de 2010, e retificar as datas de ocorrência e vencimento da infração 4, para o dia 29/10/10, e da infração 5, para o dia 26/01/10, devendo ser homologadas as importâncias efetivamente recolhidas.

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 **269352.0014/10-2**, lavrado contra **COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO (EXTRA SUPERMERCADO)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor 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 da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$212.587,53**, prevista no artigo 42, XIII-A, “j”, do citado diploma legal, com os acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de dezembro de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS