

PROCESSO	- A. I. Nº 206854.0001/10-4
RECORRENTES	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e DOW BRASIL NORDESTE INDUSTRIAL LTDA.
RECORRIDOS	- DOW BRASIL NORDESTE INDUSTRIAL LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS	- RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 1º JJF nº 0181-01/10
ORIGEM	- IFEP INDÚSTRIA
INTERNET	- 11/10/2012

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0322-11/12

EMENTA: ICMS. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. OMISSÃO DE DADOS. Multa de 1% sobre o valor das operações realizadas, conforme previsto no art. 42, inciso XIII-A, alínea “i” da Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº 10.847/07. Infração caracterizada. Rejeitadas as arguições de nulidade e de constitucionalidade e indeferidos os pleitos pela redução ou exclusão da multa concernente à infração 5. Redução do valor da infração para 5% da multa originalmente aplicada, de acordo com o que estabelece o § 7º do art. 42, da Lei nº 7.014/96. Infração parcialmente subsistente. Modificada a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Decisão não unânime. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se o presente processo de Recursos de Ofício e Voluntário interpostos pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal e pelo sujeito passivo, respectivamente, contra a Decisão que julgou o Auto de Infração Procedente, através do Acórdão JJF Nº 0181-01/10, lavrado para imputá-lo o cometimento de 6 infrações, sendo objeto de ambos os Recursos apenas a infração 5, a seguir transcrita:

INFRAÇÃO 5 – forneceu informações através de arquivo(s) magnético(s) exigido(s) na legislação tributária, requeridas mediante intimação, com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, ficando o valor da multa limitado a 1% do valor das operações de saídas e das prestações de serviço realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações divergentes, em relação aos meses de maio a dezembro de 2006 e janeiro a maio de 2007, representando o valor de R\$11.910.055,28.

Consta ainda na descrição dos fatos que se refere a divergências das mercadorias constantes nas notas fiscais de entrada e de saída em relação à descrição constante nos arquivos magnéticos (SINTEGRA), conforme demonstrativos anexos 5.0, 5.1, 5.2 e 5.3;

A Junta de Julgamento decidiu a lide com fundamento do voto a seguir reproduzido:

Verifico que a infração 05 se referiu ao fornecimento de informações através de arquivos magnéticos com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, ficando a multa limitada a 1% do valor das operações de saídas e das prestações de serviço realizadas no estabelecimento em cada período.

O impugnante argumentou que teria ocorrido inadequação da legislação aplicada ao caso, que se baseou no art. 42, inciso XIII-A, alínea “f” da Lei nº. 7.014/96, posteriormente alterada pela Lei nº. 9.159/04, tendo em vista que o seu texto fora radicalmente alterado pela Lei nº. 10.847/2007 e considerando que a nova redação do dispositivo atinente ao caso se encontra na alínea “i” do inciso XIII-A do mesmo artigo e Lei, fato não considerado pelos autuantes.

Acrescentou que segundo a nova redação da norma o objeto da exigência se refere ao “valor das divergências nos arquivos eletrônicos” e não mais aos “dados divergentes”, de forma que, segundo o seu entendimento, as divergências na descrição dos produtos ou códigos, as quais não alteram o valor das operações realizadas, não poderiam se constituir em motivo ensejador da aplicação da penalidade. Asseverou que aqui ocorreu em equívoco por parte do defendant, haja vista que, na verdade, apesar de ter ocorrido a mudança da alínea “f”

para a alínea “i”, conforme alegado, tal alteração não trouxe a pretensa modificação no objeto da penalização, uma vez que a parte atinente à base de cálculo não sofreu nenhuma alteração.

Isto porque, a despeito de efetivamente os autuantes terem indicado uma alínea que não mais se aplicava à situação objeto da presente discussão, pois o dispositivo correto passou a corresponder à alínea “i” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº. 7.014/96, este fato, no entanto, não implicou em nenhuma prejudicial de validade da autuação, desde quando a irregularidade detectada se encontra corretamente descrita no Auto de Infração, tendo se referido à existência de inconsistências nos arquivos magnéticos entregues à SEFAZ.

Para um melhor entendimento e deixar claro que descabe a alegação de que a legislação vigente à época da autuação teria adotado tratamento diverso em relação à infração incorrida pelo autuado, transcrevo abaixo os citados dispositivos, que devem ter a mesma interpretação, sendo que o enquadramento baseado na alínea “f” vigorou até 27/11/2007, enquanto que a mudança para a alínea “i” decorreu da Lei nº. 10.847/2007, cuja vigência se iniciou em 28/11/2007:

“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: Redação anterior dada pela Lei nº. 9.430, de 10/02/2005, DOE de 11/02/05 a 27/11/07;

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: Redação atual dada pela Lei nº. 10.847, de 27/11/07, DOE de 28/11/07, efeitos a partir de 28/11/07.”

Constatou que no presente caso, os autuantes intimaram o contribuinte para que efetuasse as correções de inconsistências verificadas, que se referiram a divergências das mercadorias constantes nas notas fiscais de entrada e de saída em relação à descrição constante nos arquivos magnéticos, conforme demonstrativos próprios, tendo entregue a Listagem Diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas, conforme atesta a documentação acostada às fls. 96 a 110. Contudo, mesmo dispondo do prazo de 30 dias contados da data do recebimento da intimação para corrigi-los, prazo prorrogado por igual período, de acordo com as 9ª e 10ª intimações, tais arquivos permaneceram com as diferenças de dados. Portanto, o contribuinte teve atendido o direito de correção dos arquivos, no prazo estipulado e previsto na legislação, mas determinadas divergências não foram sanadas, razão da presente autuação.

Assim, conforme preceitua o § 2º do artigo 708-B do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.248/97, o autuado foi intimado para corrigir as inconsistências, quando lhe foi apresentado, conforme explanado acima, o detalhamento das inconsistências verificadas, ao tempo em que lhe foi concedido o prazo regulamentar para realizar os ajustes pertinentes, não tendo o contribuinte atendido às intimações.

Entendo ter ficado caracterizada a falta de atendimento às intimações específicas, na forma descrita, o que caracteriza o acerto da multa aplicada. Ademais, a despeito das argumentações oferecidas na peça defensiva, o contribuinte não demonstrou a falta de cometimento da infração em discussão, enquanto que no demonstrativo de fl. 105 e nos demais elementos juntados ao processo, os autuantes apontaram inequivocamente as divergências existentes entre as informações repassadas pelo impugnante por meio dos arquivos magnéticos e aquelas consignadas nas notas fiscais correspondentes.

Repriso que o motivo que determinou a aplicação da multa equivalente a 1% sobre o montante das operações de saídas foi o descumprimento de obrigação acessória relativa ao fato de que o contribuinte forneceu arquivos em meio magnético com inconsistências, as quais foram apontadas por meio de demonstrativos impressos, que foram entregues ao contribuinte, para possibilitar a realização dos ajustes necessários.

Ressalto que a despeito da insurgência defensiva contra a presente exigência tributária, de acordo com a legislação do ICMS do Estado da Bahia, constante no RICMS/97, a qual recepcionou o disposto no Convênio ICMS nº 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 (art. 685, combinado com os artigos 708-A e 708-B do RICMS/97).

Assim, a despeito das alegações defensivas de que as falhas apontadas pela fiscalização não teriam representado em dificuldade para a fiscalização nem teriam implicado na falta de recolhimento do tributo estadual, assevero que as inconsistências em questão se constituíram em obstáculo à fiscalização estadual, em especial no que concerne ao efetivo controle das operações realizadas pelo contribuinte, motivo bastante para justificar a imposição da penalidade sugerida.

Ademais, a alegação de que as inconsistências na descrição das mercadorias poderia ser sanada através da verificação do CFOP (código fiscal de operações e prestações) e da NCM (nomenclatura comum de mercadorias) não tem nenhuma sustentação, pois, conforme observaram os autuantes, esses elementos não bastam para que sejam identificadas, com precisão, as mercadorias objeto das operações praticadas pelo contribuinte, elemento fundamental para diversas análises por parte do fisco, a exemplo do roteiro do crédito fiscal e auditoria de estoques.

Convém lembrar aqui que todos os contribuintes autorizados ao uso de SEPD (Sistema Eletrônico de Processamento de Dados), 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.

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 existentes.

Verifico, entretanto, que no caso em lide, os autuantes incorreram em equívoco no que se refere às datas de ocorrência, tendo em vista que como a imputação diz respeito à falta de atendimento de intimação específica respeitante a arquivos magnéticos, a data de ocorrência deve ser aquela correspondente à falta de atendimento ao quanto requerido na intimação. A título de esclarecimento, consigno que este entendimento encontra-se em conformidade com a Orientação Gerencial nº. 0G-GEAFI-FISC-003/2005, disponibilizada pela SAT/DPF/GEAFI/SEFAZ, que trata especificamente do Convênio nº 57/95, e que versa a respeito de arquivos magnéticos.

De acordo o item 5.1 da referida Orientação, na lavratura de Auto de Infração por falta de apresentação ou irregularidade do arquivo magnético, os campos "data de ocorrência" e "data de vencimento" deverão ser preenchidos com indicação da data correspondente ao primeiro dia útil subsequente ao término do prazo consignado na intimação para apresentação do arquivo ainda não apresentado ou do arquivo com a correção dos erros indicados.

Como o contribuinte foi intimado para regularizar as inconsistências, assinalando-lhe para tanto o prazo de trinta dias, o primeiro dia útil subsequente ao término do prazo concedido para correção dos erros indicados corresponde à data que deve ser consignada como a de ocorrência da presente infração, correção que faço de ofício. Deste modo, a infração 05 resta totalmente caracterizada, porém a data de ocorrência fica modificada para 01/03/2010, que corresponde ao primeiro dia útil subsequente ao vencimento da segunda e última intimação específica sobre arquivos magnéticos, que se encerrou em 28/02/2010.

Noto que o impugnante apresentou alegações contra os cálculos realizados pela fiscalização, aduzindo que existiriam inconsistências nos mesmos, porém não apresentou nenhum elemento de prova em favor de seus argumentos. Em primeiro lugar, vejo que não tem nenhuma base a afirmação de que os valores da multa foram apurados com base na totalidade das operações de entrada e saída, inclusive com a agregação de operações sem divergências. No demonstrativo correspondente, que se encontra à fl. 95, observo que os autuantes apontaram os valores totais das divergências, sobre os quais aplicaram o percentual de 5%, comparando-o ao percentual de 1% sobre os montantes das operações de saída praticadas pelo contribuinte, sendo que estes últimos prevaleceram, sendo exigidos na autuação.

Deste modo, além de não trazer nenhum elemento que desse sustentação a suas alegações, concluo que de acordo com o referido demonstrativo o fisco seguiu exatamente a disposição contida na norma, lançando a multa correspondente ao limite de 1% do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período.

Quanto ao pedido de dispensa ou de redução da multa concernente à infração 05, considerando que a irregularidade ficou devidamente caracterizada e por não ter ficado evidenciado que o cometimento da infração não implicou na falta de recolhimento do imposto, não acolho o pleito, tendo em vista o disposto no § 7º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96. Importante lembrar que a existência de qualquer inconsistência nos arquivos magnéticos acarreta sim prejuízo à fiscalização, desde quando sem a existência desses elementos elaborados de forma correta, para executar os trabalhos de auditoria, os exames fiscais ficam efetivamente limitados, por não abrangerem a totalidade do movimento da empresa, dificultando a descoberta de irregularidades porventura existentes.

Não acolho a solicitação de realização de perícia, considerando que apesar de ser detentor dos documentos que embasaram a ação fiscal, o autuado não acostou nenhum elemento de prova para dar sustentação a suas

alegações. Ademais, tendo em vista o disposto no art. 147, inciso II, alínea "b" do RPAF/99, entendo que os elementos de provas anexados aos autos são suficientes para o meu convencimento e Decisão da lide.

Desta forma, a infração 05 resta totalmente caracterizada.

Em sede de Recurso Voluntário, às fls. 218 a 236, o recorrente requer a nulidade da infração 5 por entender que o lançamento em questão não foi praticado de acordo com as formas prescritas na lei, pois o erro com relação à legislação aplicável ao caso resultou em vício formal insanável. Frisa que a aplicação de legislação revogada ao fato no qual se embasa o Auto de Infração causará grandes prejuízos não apenas a empresa, mas ao ordenamento jurídico como um todo.

Prossegue afirmando que a legislação utilizada como supedâneo para a cominação da multa não se aplica ao caso em tela e que a fixação da multa em importe de tal magnitude, frente a realidade dos fatos, revela-se descabida e excessiva, com verdadeiro caráter confiscatório pois a suposta discrepância nos arquivos eletrônicos apresentados pelo recorrente em nada lesou à fiscalização.

Explica que a divergência entre o arquivo eletrônico apresentado e os dados constantes nos documentos fiscais reside no campo “DESCRÍÇÃO DE PRODUTOS OU SERVIÇOS”. Tal campo, no sistema SINTEGRA corresponde ao campo 75. Diz que ao alimentar o SINTEGRA utilizou de alguns descriptivos de mercadorias genéricos, extraídos automaticamente de seu sistema de controle interno, o que ocasionou a divergência apontada pela fiscalização, entretanto, informa que esta falha já foi corrigida, o que demonstra a sua boa fé.

Ressalta que esta falha não causou prejuízo à fiscalização, isso porque a identificação dos produtos listados poderia ter sido realizada mediante a observação dos descriptivos de NCMs e CFOPs de cada uma das mercadorias /operações, devidamente informados no mesmo arquivo eletrônico apresentado à fiscalização. Acrescenta que a fiscalização foi capaz de concluir os seus trabalhos, com celeridade, graças à objetividade dos arquivos apresentados aliado à disponibilização de toda a documentação fiscal que deram suporte às suas operações.

Prossegue afirmando que apesar de não ter ocasionado nenhum prejuízo ao Erário Público, está sendo compelida ao pagamento de multa fundamentada no art. 42, inciso XII-A, alínea "f" da Lei nº 7.014/96, posteriormente alterada pela Lei nº 9.159/04. Porém, este texto foi radicalmente alterado pela Lei nº 10.847, publicada no DOU da Bahia de 28/11/2007 que renumerou as alíneas e fixou a atual redação da capitulação da infração no inciso "i" do art. 42 da Lei nº 7.014, que transcreveu.

Diz que com a nova redação aplicável ao caso em comento, resta claro que "*a multa deve ser calculada sobre o valor das divergências e se a divergência apontada não ocasionou qualquer alteração de valores, então não há sobre o que calcular a penalidade*". Concluiu que tal dispositivo visa coibir a prática de atos elisivos, e não penalizar o contribuinte que recolheu integralmente a obrigação tributária devida.

Invoca o art. 106, inciso II, do CTN, que transcreveu, para ser beneficiado com a retroatividade benigna da legislação. Cita lições extraídas de diversos autores assim como fragmentos de ementas proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça. Conclui que, em respeito ao Sistema de Jurisdição Única, enquanto não apreciada a matéria de forma definitiva pelo Poder Judiciário a lei mais benéfica é aplicável ao contribuinte para os casos de redução de multa moratória. Consequentemente, dado o princípio da tipicidade (que rege a criminalização dos atos ilícitos, puníveis com a aplicação de sanções diversas, tais como a multa ora guerreada), somente a lei tem o condão de introduzir uma nova figura ilícita, no caso específico a entrega de arquivos eletrônicos com divergência de descrição, códigos, etc, eis que elas foram retiradas pela Lei nº 10.847/2007.

Requer o cancelamento da multa por entender que a legislação vigente à época da autuação adota tratamento diverso as divergências verificadas nos arquivos por ela apresentados, uma vez que o cálculo da multa dar-se-á apenas sobre as diferenças de valor eventualmente observadas, o que não ocorreu no caso presente. Diz ser necessária a aplicação da Lei nº 10.847/2007, excluindo-se a multa por divergência entre os arquivos eletrônicos e a sua escrituração, referente às descrições

dos produtos pois esta divergência se constituiu na mera utilização de descritivos genéricos para os bens listados, em nada impedindo a identificação de tais bens, ou ainda, em nada impactando no valor das operações envolvidas, não trazendo nenhum prejuízo ao Fisco.

Questiona a forma da composição da base de cálculo utilizada pelo autuante para aplicação da multa, pois foram utilizados os valores registrados no livro Registro de Apuração do ICMS que correspondem ao total das operações do período e não às divergências constantes no arquivo eletrônico. Diz que os arquivos eletrônicos encaminhado contem grande parte das descrições de mercadorias realizadas de forma específica e correta, o que afasta a divergência apontada entre os dados do SINTEGRA e LRE (razão utilizada como fundamento da autuação).

Afirma que para o cálculo da multa o auditor se baseou em valores do livro de apuração e não nas divergências no item descrição dos produtos, o que revela que a autuação fundamenta-se em análise amostral e não individual dos registros, conferindo a multa aplicada verdadeira caráter confiscatório, uma vez que incluiu na base de cálculo operações com descrição correta.

Argui que a multa revela-se desproporcional e excessiva, restando patente à característica confiscatória. Ressalta que o valor atribuído à penalidade é de R\$11.910.055,28, enquanto que o tributo apurado e recolhido no mesmo período é de aproximadamente de R\$13.000.000,00, ficando nítida a inadequação da penalidade, uma vez que ficou demonstrada a inocorrência de prejuízo ao Erário ou queda de fiscalização, sendo inadmissível a punição equivalente ao valor de todo o tributo incidente sobre a atividade do recorrente pelo período de um ano.

Ressalta mais uma vez que a multa inserida no Auto de Infração não se aplica ao caso. Contudo, ainda que se aplicasse a mesma revela-se exacerbada, já que a conduta apontada não causou nenhum prejuízo ao Erário Estadual, isso porque dela não resultou o recolhimento a menor do imposto, conforme se verifica na própria memória de cálculo acostada no próprio Auto de Infração. Solicita a aplicação do § 7º do mesmo art. 42 de Lei nº 7.014/96, no sentido de reduzir ou cancelar a penalidade.

Finaliza requerendo o cancelamento da multa por entender que não causou prejuízo ao Fisco nem foi cometida com dolo, fraude ou má-fé, assim como a realização de perícia contábil com vistas à demonstração da inadequação do cálculo da multa aplicada, já que esta incluiu em sua base de cálculo operações que não apresentam a divergência apontada, bem com a realização de sustentação oral.

A PGE/PROFIS, à fl. 256 do PAF, da análise das razões expendidas no Recurso Voluntário, opina pelo Não Provimento, por entender que o cometimento da infração 5 é de fato incontrovertido, mesmo porque a próprio recorrente reconhece que apresentou os arquivos magnéticos com divergência.

Quanto à alegação de confiscação de da multa aplicada esclarece que não pode ser apreciada pelo CONSEF, por força do art. 169 do RPAF/9.

No que diz respeito ao pedido de aplicação retroativa da Lei nº 10847/07 diz que apesar de ser cabível, já que em matéria penal, a lei aplica-se a fatos pretéritos para beneficiar o contribuinte, entende que a interpretação dada pelo recorrente não é a mais razoável e lógica, pois o art. 42, XIII-A alínea "f" da Lei nº 7.014/96, com redação da lei nova não prevê como base de cálculo para multa a alteração de valores decorrentes de divergências nos arquivos magnéticos, já que a infração cometida é a entrega, mediante intimação, de arquivos magnéticos com divergências de dados constantes nos documentos fiscais ou omissão de dados, calculando-se a multa sobre o valor das divergências ou sobre o valor das operações e prestações omitidas.

Quanto ao pedido de redução da multa esclarece que caberá a CJF apreciá-lo.

No dia 15 de junho de 2012, o Presidente deste Conselho de Fazenda Estadual, observando que o débito exonerado na 1ª Instância havia sido superior ao limite constante no item 1 da alínea "a" do inciso I do artigo 169 do RPAF/BA e que, de forma equivocada, a JJF não havia interposto o Recurso de Ofício previsto legalmente, determinou o processamento do citado Recurso com suporte no quanto previsto no artigo 170, inciso III, do mencionado RPAF/99.

VOTO (Vencido quanto ao Recurso de Ofício)

Trata-se de Recurso de Ofício e Recurso Voluntário referente à infração 5, que exige a multa, no valor de R\$11.910.055,28, por ter o contribuinte fornecimento informações através de arquivos magnéticos com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, ficando a multa limitada a 1% do valor das operações de saídas e das prestações de serviço realizadas no estabelecimento em cada período.

Inicialmente quanto à alegada nulidade de que houve erro em relação à legislação aplicável ao caso, o que teria causado vício insanável verifico que o autuante, à época da fiscalização, tendo constatado que os dados relativos às entradas e saídas informadas nos arquivos magnéticos entregues pelo sujeito passivo, nas datas previstas pela legislação (05/2006 a 05/2007), encontravam-se divergentes dos documentos fiscais correspondentes, imputou corretamente a penalidade prevista no inciso XIII-A, alínea "f" do art. 42 da Lei nº 7.014/96, vigente à época dos fatos geradores (05/2006 a 05/2007), a seguir transcrita:

"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:

A Junta de Julgamento Fiscal ao analisar a questão entendeu equivocadamente que se tratava de entrega dos arquivos com inconsistências, equivalente à falta de entrega. Este fato ficou patente quando a Junta de Julgamento Fiscal indicou a Orientação Gerencial nº OG-GEAFI-FISC-003/2005 que considera no item "5.1" como data de ocorrência e data de vencimento da infração o primeiro dia útil subsequente ao do término do prazo consignado na intimação para apresentação do arquivo, motivo pelo qual foi efetuado o reenquadramento da multa para a alínea "i" do art. 42 da Lei nº 7.014/96. Ressalte-se que esta alínea foi inserida através da Lei nº 10.847/2007, cuja vigência se iniciou em 28/11/2007.

Ocorre que o Auto de Infração refere-se a divergências entre os dados inseridos nos documentos fiscais e os informados nos arquivos magnéticos. Neste caso, a data de ocorrência deve ser a data da apresentação dos respectivos arquivos, (05/2006 a 05/2007).

Neste sentido, inclusive, dispõe a mencionada Orientação Gerencial no item 5.2:

"5 – Caso o contribuinte não entregue o arquivo solicitado ou o apresente ainda com inconsistências, deve ser lavrado Auto de Infração em razão do não atendimento à intimação, conforme referido no item 2 desta orientação gerencia, hipótese em que deverá ser anexada ao Auto de Infração a intimação não atendida.

5.1 – Na lavratura de Auto de Infração por falta de apresentação ou irregularidade do arquivo magnético, os campos data de ocorrência e data de vencimento do Auto de Infração deverão ser preenchidos com indicação da data correspondente ao primeiro dia útil subsequente ao do término do prazo consignado na intimação para apresentação do arquivo ainda não apresentado ou do arquivo com correção dos erros indicados.

5.2 – Tratando-se de infração relacionada à omissão de informação ou divergência mencionadas nos subitens 1.1 e 1.2, os campos ‘data de ocorrência’ e ‘data de vencimento’ do Auto de Infração, deverão ser preenchidos com a data de envio do respectivo arquivo.”

Consequentemente, o enquadramento legal deve ser extraído antes da alteração promovida através da Lei nº 10.847/2007, ou seja, à época do fato gerador, como inserido no Auto de Infração, não ocorrendo o suposto erro alegado, tendo em vista que o dispositivo aplicado no lançamento original está em consonância com a irregularidade detectada. Daí porque não acolho a preliminar de nulidade suscitada.

No que diz respeito à alegação de desproporcionalidade da penalidade imposta, caracterizando o caráter abusivo e confiscatório da multa aplicada, o que é vedado expressamente pela Constituição Federal, esta deve ser rechaçada, pois este órgão colegiado não possui competência

para declarar a constitucionalidade, nos termos do art. 167, I, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99.

Em relação à perícia requerida, esclareço que esta tem a finalidade de esclarecer fatos eminentemente técnicos, a ser realizado por pessoa que tenha reconhecido habilidade ou experiência técnica na matéria questionada, o que não é o caso dos autos já que, o lançamento de ofício refere-se a divergências entre dados informados nos arquivos magnéticos e os constantes nos documentos fiscais, não sendo necessário conhecimento especializado para dirimir a questão.

No mérito, observo que a fiscalização obedeceu a todos os procedimentos determinados na norma regulamentar. Ao analisar os arquivos magnéticos enviados à SEFAZ, constatou-se divergências entre as descrições constantes nas notas fiscais de entradas e saídas e as informadas nos mencionados arquivos magnéticos, já que continham descrições genéricas das mercadorias, tais como: Peças e partes de almoxarifado, item de almoxarifado, gás natural, etc.

O contribuinte foi intimado por duas vezes, a primeira em 28/12/2009 e a segunda em 28/01/2009 para, em um prazo de trinta dias regularizar as falhas apontadas, contudo não o fez, fato inclusive reconhecido pelo recorrente, ao afirmar, no seu Recurso Voluntário, que: “*O recorrente utilizou-se, para alimentação do SINTEGRA, de alguns descritivos de mercadorias genéricos extraídos automaticamente de seu sistema de controle interno-falha esta que acabou por ocasionar a divergência apontada pela fiscalização. Não obstante o grande volume de operações praticados pelo recorrente durante o período fiscalizado, referida falha já foi devidamente corrigida, novamente como demonstração da mais lídima boa fé*”.

Quanto ao suposto erro no cálculo da penalidade, em razão de ter sido utilizado os valores inseridos no livro Registro de Apuração do ICMS ao invés das divergências apontadas, observo que de acordo com o demonstrativo de fl. 95 a fiscalização exigiu o valor total de R\$11.910.055,31, resultante da aplicação de 1% sobre o total das saídas mensais lançadas no referido livro, tendo em vista que este era o limite previsto na legislação, já que a aplicação do percentual de 5% sobre as divergências ultrapassava aquele valor.

Assim, como já esclarecido na preliminar de nulidade, a irregularidade apontada pelo autuante diz respeito a divergências entre dados informados nos documentos fiscais e o inserido nos respectivos arquivos magnéticos apresentados pelo sujeito passivo e não inconsistências nos arquivos magnéticos (equiparado à falta de entrega), como entendido pela Junta de Julgamento Fiscal. Neste caso, a penalidade a ser aplicada tem como data de ocorrência a data em que o arquivo magnético foi apresentado com dados divergentes, como originalmente inserido no Auto de Infração, em conformidade com as determinações contidas no item 5.2. da Orientação Gerencial nº OG-GEAFI-FISC-003/2005.

Quanto ao pedido de redução da multa, entendo ser pertinente tendo em vista o argumento do contribuinte de que o valor exigido -R\$11.910.055,28- equivale a todo o tributo incidente sobre a atividade da empresa pelo período de um ano, algo em torno de R\$13.000.000,00, aliado ao fato de que não restou caracterizado que a infração tenha sido praticada com dolo, fraude ou simulação e que tenha implicado falta de recolhimento de tributo, já que a divergência restringe-se exclusivamente a descrição dos produtos.

Por isso, considero que a penalidade deve ser reduzida a 5% do valor originalmente exigido, correspondente a R\$595.502,78, em decorrência da faculdade prevista no §7º do artigo 42 da Lei nº 7014/96:

Art. 42.

§ 7º As multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelo órgão julgador administrativo, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto.

Data Ocorr	Base Cálculo	Multa/Autuado	Multa %	Multa/ Devida
31/05/2006	101.722.917,00	1.017.229,17	5	50.861,46
30/06/2006	82.051.312,00	820.513,12	5	41.025,66
31/07/2006	93.623.739,00	936.237,39	5	46.811,87
31/08/2006	94.291.577,00	942.915,77	5	47.145,79

30/09/2006	62.385.795,00	623.857,95	5	31.192,90
31/10/2006	104.837.222,00	1.048.372,22	5	52.418,61
30/11/2006	123.639.008,00	1.236.390,08	5	61.819,50
31/12/2006	113.628.102,00	1.136.281,02	5	56.814,05
31/01/2007	92.263.096,00	922.630,96	5	46.131,55
28/02/2007	92.478.107,00	924.781,07	5	46.239,05
31/03/2007	128.348.430,00	1.283.484,30	5	64.174,22
30/04/2007	63.002.814,00	630.028,14	5	31.501,41
31/05/2007	38.733.410,00	387.334,10	5	19.366,71
Total	11.910.055,29			595.502,78

Ressalto que este posicionamento já vem sendo adotado por este Conselho de Fazenda em Decisões de segunda instância, a exemplo do Acórdão CJF Nº 0141-11/12.

Ante o exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, reduzindo-se o valor da multa indicada na infração 5, para R\$595.502,78 e pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício para restabelecer a data de ocorrência e a tipificação da multa de acordo com lançamento original indicado às fl. 02 e 03.

VOTO VENCEDOR (Recurso de Ofício) e DIVERGENTE (Recurso Voluntário)

Divirjo do entendimento adotado pela nobre Relatora e o faço com espeque nos seguintes fundamentos.

Com relação ao Recurso de Ofício, em que pese reconheça a vigência e validade da norma utilizada pela decisão relatorial para restabelecer as datas de ocorrência da infração 5, qual seja a Orientação Gerencial nº OG-GEAFI-FISC-003/2005, verifico que, no caso concreto, o autuante optou por intimar o sujeito passivo, por duas vezes, a primeira em 28/12/2009 e a segunda em 28/01/2009 para, em trinta dias regularizar as falhas constatadas nos arquivos magnéticos que foram eletronicamente encaminhados.

A atuação do preposto fiscal incutiu, inegavelmente, no sujeito passivo a ideia de que, havendo a correção das falhas apontadas, nenhuma penalidade lhe seria aplicada. Via de consequência, pelo procedimento que foi adotado pelo autuante, somente haveria infração se as divergências não fossem sanadas - o que, de fato, veio a acontecer.

Logo, sob pena de indevida surpresa ao contribuinte - que implica prejuízos -, decorrente da alteração do procedimento fiscalizatório após o seu início, a data da ocorrência do ilícito tributário constante do item 5 desta autuação deverá coincidir com o primeiro dia útil posterior ao término do prazo fixado na segunda intimação do contribuinte, entendimento, aliás, adotado pela Junta de Julgamento Fiscal, em irrepreensível decisão.

Vale registrar que o princípio da não-surpresa vem sendo de há muito utilizado pelos Tribunais Superiores para evitar abusos praticados pela Administração Pública em face dos administrados/contribuintes, consoante se observar dos arrestos a seguir transcritos, *in verbis*:

"ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. PENSÃO POR MORTE. REVISÃO DO VALOR. IMPOSSIBILIDADE. DECADÊNCIA ADMINISTRATIVA EM FACE DO DECURSO DO PRAZO DE CINCO ANOS APÓS A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. APLICAÇÃO DA LEI FEDERAL N. 9.784/99 POR ANALOGIA INTEGRATIVA.

1. Nos termos da Súmula 473/STF, a Administração, com fundamento no seu poder de autotutela, pode anular seus próprios atos, de modo a adequá-lo aos preceitos legais.

2. Com vistas nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, este Superior Tribunal de Justiça tem admitido a aplicação, por analogia integrativa, da Lei Federal n. 9.784/1999, que disciplina a decadênciam quinquenal para revisão de atos administrativos no âmbito da administração pública federal, aos Estados e Municípios, quando ausente norma específica, não obstante a autonomia legislativa destes para regular a matéria em seus territórios. Colheu-se tal entendimento tendo em consideração que não se mostra razoável e nem proporcional que a Administração deixe transcorrer mais de cinco anos para providenciar a revisão e correção de atos administrativos viciados, com evidente surpresa e prejuízo ao servidor beneficiário. Precedentes.

3. Recurso especial conhecido e provido". (STJ, REsp 1251769/SC, Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 14/09/2011)

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. IMPOSTO DE RENDA. APOSENTADORIA COMPLEMENTAR. PREVIDÊNCIA PRIVADA. SÚMULA 07/STJ. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. APLICAÇÃO DA LEI 9.250/96. AÇÃO CONDENATÓRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. SÚMULA 7 DO STJ. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. ART. 21 DO CPC.

(...)

2. In casu, o Tribunal a quo calcou-se em premissa fática-probatória no sentido que a intimação das partes acerca da homologação da desistência formulada na restauração de autos se dera via edital, por isto que o recurso especial se revela desmerecedor de conhecimento ante o óbice da Súmula 07/STJ.

3. À luz da cognominada tese dos cinco mais cinco, restou reconsolidado pela Primeira Seção no EREsp n.º 327.043/DF a definição do termo a quo do prazo prescricional das ações de repetição/compensação de valores indevidamente recolhidos a título de tributo sujeito a lançamento por homologação, desde que ajuizadas até 09 de junho de 2005.

4. Deveras, naquela ocasião restou assente que: "... a Lei Complementar 118, de 09 de fevereiro de 2005, aplica-se, tão somente, aos fatos geradores pretéritos ainda não submetidos ao crivo judicial, pelo que o novo regramento não é retroativo mercê de interpretativo. É que toda lei interpretativa, como toda lei, não pode retroagir. Outrossim, as lições de outrora coadunam-se com as novas conquistas constitucionais, notadamente a segurança jurídica da qual é corolário a vedação à denominada 'surpresa fiscal'. Na lúcida percepção dos doutrinadores, 'em todas essas normas, a Constituição Federal dá uma nota de previsibilidade e de proteção de expectativas legitimamente constituídas e que, por isso mesmo, não podem ser frustradas pelo exercício da atividade estatal.' (Humberto Ávila in Sistema Constitucional Tributário, 2004, pág. 295 a 300)". (Voto-vista proferido por este relator nos autos dos EREsp n.º 327.043/DF..." (AgRg no REsp 853011/RJ, Relator Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, DJ 27/11/2006).

Com base nesses fundamentos, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

No que concerne ao Recurso Voluntário, concordo com a Relatora no sentido de que o sujeito passivo atendeu aos requisitos legais previstos no art. 42, §7º, da Lei nº 7.014/96, para obter o direito à redução ou cancelamento da multa imposta na infração 5, já que não há nos autos provas de dolo, fraude ou simulação, assim como as divergências encontradas nos arquivos magnéticos, concernentes à descrição dos produtos ou codificação, não traz como consequência a falta de recolhimento do imposto. Preenchidos esses requisitos, resta, com base em juízo discricionário direcionado por fundamentos de equidade, decidir sobre o cancelamento ou a redução e, em se optando por esta última, qual o percentual da redução a ser aplicado ao caso.

Pois bem. De acordo com os fundamentos delineados na decisão relatoria, a multa inicialmente imposta deveria ser reduzida em 95%, remanescendo o valor de R\$595.502,78 a ser adimplido pelo contribuinte, residindo, neste ponto, a divergência instaurada e que enseja a prolação do presente voto.

Com efeito, pesam em desfavor da pretensão do contribuinte três fatos:

- I. As duas oportunidades que teve para corrigir os equívocos constatados nos arquivos magnéticos;
- II. O porte da empresa autuada, que lhe impõe a manutenção de estrutura organizacional eficiente, evitando equívocos nos atos de escrituração contábil e fiscal;
- III. o tempo de vigência da legislação que dispõe sobre os arquivos magnéticos, revelando a falta de escusas à adequação dos procedimentos internos da empresa, bem como das ferramentas de tecnologia;
- IV. A favor da empresa, contudo, há quatro fatos, de relevância inegavelmente superior, seja do ponto de vista jurídico, seja do ponto de vista arrecadatório;
- V. O valor nominal da multa é exorbitante, violando preceitos básicos a exemplo da razoabilidade e do não-confisco. Conquanto seja vedado a este Conselho de Fazenda, por força do art. 167, I, do RPAF/99, analisar arguições de constitucionalidade, não se pode desprezar esse dado para fins de aplicação da redução da penalidade, sobretudo porque a execução fiscal de multa desse importe poderá implicar grave sucumbência para o Estado da Bahia;

- VI. Como visto, as divergências constatadas nos arquivos magnéticos referem-se à descrição e à codificação das mercadorias, não tendo implicado falta de recolhimento de imposto. Tratam-se, portanto, de divergência de insignificante relevância do ponto de vista arrecadatório;
- VII. A multa imposta, em seu valor histórico, aproxima-se muito do montante de ICMS recolhido no período fiscalizado, revelando não apenas sua desproporcionalidade, como a sua ineficácia do ponto de vista teleológico, já que perde inteiramente o caráter pedagógico da medida, assumindo feição meramente arrecadatória e que poderá ensejar prejuízos insuportáveis ao organismo empresarial, com séria repercussão para a economia do Estado e para a própria liberdade no desenvolvimento da atividade econômica privada; e
- VIII. Não houve prejuízos para a fiscalização, já que os arquivos foram utilizados pelos prepostos fiscais na realização de outros roteiros de auditoria, consoante se observa das demais infrações constantes do presente auto.

Por todos esse fundamentos, entendo que a multa imposta pela nobre Relatora, no valor de R\$595.502,76, ainda é excessivamente elevada. Assim, deve a penalidade ser reduzida em 99%, ficando no valor de R\$119.100,55, que é suficiente para punir o sujeito passivo, sem, entretanto, causar prejuízos desproporcionais à atividade econômica, além de se revelar mais viável do ponto de vista jurídico.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício e pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para reduzir a multa da infração 5 para R\$119.100,55.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, NÃO PROVER o Recurso de Ofício interposto e, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, PROVER PARCIALMENTE o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 206854.0001/10-4, lavrado contra DOW BRASIL NORDESTE INDUSTRIAL LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$67.099,12, acrescido da multa de 60%, prevista nos incisos II, alínea “a” e VII, alínea “a” do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor total de R\$639.681,47, previstas nos incisos XI, IX e XIII-A, alínea “i” do mesmo artigo e Lei acima citados, com os acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

VOTO VENCEDOR (Recurso de Ofício) – Conselheiros(as): Fábio de Andrade Moura, Eduardo Ramos de Santana, Alessandra Brandão Barbosa, Rafael Barbosa de Carvalho Figueiredo e Rubens Bezerra Soares.

VOTO VENCIDO (Recurso de Ofício) – Conselheira: Maria Auxiliadora Gomes Ruiz.

VOTO VENCEDOR (Recurso Voluntário) – Conselheiros(as): Maria Auxiliadora Gomes Ruiz, Eduardo Ramos de Santana e Rubens Bezerra Soares.

VOTO DIVERGENTE (Recurso Voluntário) – Conselheiros(as): Fábio de Andrade Moura, Alessandra Brandão Barbosa e Rafael Barbosa de Carvalho Figueiredo.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de setembro de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORAGOMES RUIZ – RELATORA/VOTO VENCIDO
(Recurso de Ofício)

FÁBIO DE ANDRADE MOURA – VOTO VENCEDOR (Recurso de Ofício)
e DIVERGENTE (Recurso Voluntário)

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS