

PROCESSO - A.I. Nº 089599.0002/02-8
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e BAHIANA DISTRIBUIDORA DE GÁS LTDA.
RECORRIDOS - BAHIANA DISTRIBUIDORA DE GÁS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO –Acórdão 2ª JJF nº 0033-02/03
ORIGEM - INFAZ ILHÉUS
INTERNET - 14.05.03

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0219-11/03

EMENTA: ICMS. LIVROS FISCAIS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES CONSTANTES NOS LIVROS REGISTRO DE ENTRADAS, REGISTRO DE APURAÇÃO DO ICMS E ARQUIVOS MAGNÉTICOS. EXIGÊNCIA DE IMPOSTO. Não ficou comprovada nos autos a falta de pagamento do imposto, e sim, divergência entre as informações constantes nos arquivos magnéticos fornecidos pelo contribuinte e os livros fiscais Registro de Entradas e RAICMS, sendo devida à multa. Contudo não cabe a multa aplicada na Decisão Recorrida. Cabível a multa pelo descumprimento de obrigação acessória prevista na legislação aplicável aos exercícios de 1997 a 1999. Modificação da multa aplicada em face do Princípio da Reserva Legal, e impossibilidade de aplicação de lei a ato ou fato pretérito que agrave a penalidade prevista ao tempo de sua prática. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado pelo sujeito passivo, através de seus representantes legais, em face da Decisão proferida na 2ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão nº 0033-02/03, respaldado na legislação processual vigente, e de Recurso de Ofício em que submete a reexame o julgamento que desonerou o contribuinte do pagamento do imposto e aplicou multa, consoante determina o art. 169, I, “a” do RPAF/99, e art. 170, inciso I do mesmo regulamento que determina a obrigatoriedade de interposição do aludido Recurso na própria Decisão recorrida.

A acusação fiscal refere-se a exigência de R\$41.052,34 de imposto, mais multa, por constatar recolhimento a menos de ICMS, em decorrência de divergência entre os valores lançados nos livros Registro de Apuração e Registro de Entradas de mercadorias, referente aos exercícios de 1997 a 1999 apurado através do roteiro de Auditoria de Conta Corrente do ICMS, com desencontro entre as informações constantes nos meios magnéticos e o livro RAICMS e o livro de Registro de Entradas.

O autuado apresentou defesa tempestivamente, às fls. 281 a 285, onde alegou que a autuante tomou por base os dados constantes dos arquivos magnéticos apresentados a título de devolução de vendas, que foram registrados no livro Registro de Entradas, mas que os valores lançados na conta créditos referente a devoluções de vendas na verdade se referem a bens comodatados, que correspondiam a saídas não especificadas código 5.99, e que foram registrados no código nº 1.77, equivocadamente. Diz que houve erro na transferência de informações dos livros para o arquivo magnético. Assim, todos os valores destacados no arquivo magnético sob o código nº 1.77 correspondem às notas fiscais de remessa de comodato, código nº 5.99, e por isso, onde

deveriam constar os débitos constaram os créditos. Alegou que isto ocorreu com todos os lançamentos constantes no código nº 1.77.

Asseverou que a diferença apurada pela autuante foi fruto de engano que não implicou em nenhum prejuízo para os cofres públicos, considerando que a diferença entre o conteúdo do livro Registro de Entradas e o arquivo magnético está no aspecto estritamente formal. Argumentou que os valores destacados nas notas fiscais de remessa de comodato referentes aos exercícios fiscalizados foram corretamente lançados e apurados no Livro Registro de Apuração do ICMS.

Disse ainda que para a aferição do débito e crédito do ICMS foram considerados os lançamentos do seu próprio livro fiscal e não os do arquivo magnético de uso do Fisco, e que pela sistemática de apuração dos débitos e créditos não ocorreu recolhimento a menos.

Aduz que diante da ausência de lesão ao erário a multa não prevalecia por ausência de motivo, por entender que a multa de 60% estava condicionada ao não pagamento do ICMS.

Requeru o prazo de noventa dias para elaboração de novos arquivos magnéticos, computando-se o prazo a partir do deferimento do pedido, e requereu ainda, pela insubsistência do Auto de Infração.

A autuante às fls. 439 e 440, prestou informação fiscal, onde justificou que a lavratura do Auto de Infração tomou por base os documentos fiscais e os arquivos magnéticos fornecidos pelo autuado, e que quando intimado a empresa apresentou os documentos fiscais e quanto aos arquivos solicitou um prazo maior para que pudesse entregar os mesmos de acordo com o estabelecido no art. 708-B e o Anexo nº 64 do RICMS/BA, conforme cópias de intimação e de recibos.

Alega que ao utilizar os dados constantes dos arquivos magnéticos para apuração de conta corrente constatou a infração nos três exercícios fiscalizados. Disse que o defendente juntou na sua defesa xerox cópias de algumas notas fiscais com códigos nº 5.99, cópias do Registro de Apuração dos períodos correspondentes, mas não anexou nenhuma cópia do livro Registro de Saídas que comprovasse que os documentos fiscais relacionados nas razões de defesa foram efetivamente registrados como saídas e não como entradas, como constou nos arquivos magnéticos.

Disse que, ao confrontar os dados extraídos dos arquivos em meio magnéticos (cópias anexas) com os demonstrativos contribuintes ficou comprovado que nos lançamentos das saídas de mercadorias com o código nº 5.99, nenhuma nota fiscal relacionada pelo autuado consta no arquivo magnético, sendo que os mencionados documentos fiscais foram realmente lançados nas entradas.

O autuado foi intimado a tomar conhecimento da informação fiscal, em face da juntada de documentos às fls. 439 a 580, e apresentou no prazo de dez dias novos argumentos às fls. 583 e 584 do PAF, reiterando todas as alegações da defesa inicial, e afirmou que a solicitação do prazo maior para a apresentação de documentos fiscais e arquivos magnéticos não demonstrava má-fé ou falta de zelo em relação ao trabalho fiscal realizado. Reafirmou o equívoco cometido referente ao código nº 1.77 (devolução de vendas), que na verdade, correspondem ao código nº 5.99 (saídas não especificadas), e arguiu que outro não podia ser o resultado senão a insubsistência da autuação fiscal.

O julgamento da 1ª Instância foi pela Procedência em Parte do Auto de Infração onde considerou que a irregularidade cometida pelo autuado foi o fornecimento de arquivos magnéticos constando dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, e que era uma irregularidade punível com multa de 5% do valor das operações informadas incorretamente, conforme o previsto no art. 42, inciso XIII-A, alínea “f” da Lei nº 7014/96, e tomou por base para

o cálculo da multa o valor das operações omitidas em cada mês, levantado pela autuante, em que apurou o imposto, e indicou o valor da multa de R\$12.074,21, elaborando demonstrativo no bojo do voto.

Na Decisão, recomendou que referente aos documentos fiscais de saídas informados nos arquivos magnéticos, fossem adotadas as providências pelo Inspetor Fazendário da INFAZ de origem, para verificar o lançamento no livro Registro de Saídas e o conseqüente lançamento do débito do imposto, caso fique comprovada a falta de recolhimento.

Concluiu que não restou provado nos autos falta de pagamento, e sim divergência nos arquivos magnéticos constantes nos livros Registro de Entradas e RAICMS fornecidos pelo contribuinte.

Inconformado com a Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal, o autuado ao tomar ciência da Decisão (AR fl. 597), interpôs Recurso Voluntário, tempestivamente às fls. 601 a 604 dos autos, onde alega que face às irregularidades a autuante imputou um débito de R\$41.052,34, que após corrigido somou-se a importância de R\$96.392,42.

Arguiu que a imputação foi arbitrada fora das balizas legais, e que a Junta de Julgamento Fiscal reduziu o débito para R\$12.074,24. Diz que a multa percentual de 5% sobre o valor das operações merece reparo. Alega total ausência de lesão ao erário, e por isso entende que sem lesão não há razão para imposição de multa.

Alegou que a causa da autuação foi descumprimento de obrigação acessória, e que nada tem a ver com recolhimento do tributo propriamente dito. Pede reforma do Acórdão para julgar insubsistente a imposição da multa pecuniária.

A PROFAZ exarou Parecer à fl. 614, observando que as razões que o recorrente alega no Recurso foram as seguintes: ausência de lesão ao erário estadual; falta de comprovação do fato gerador do tributo; e imposição equivocada de multa de 5%.

Considera que as razões expendidas na peça recursal não são capazes de provocar revisão no Acórdão recorrido. Ressalta que o cerne do lançamento decorreu da divergência entre as informações produzidas por meio magnético e os livros RAICMS e de Entradas, com a multa prevista no art. 42, inciso XIII –A, alínea “f” da Lei nº 7014/96. Concluiu que a infração estava claramente comprovada conforme os documentos constantes dos autos. E salienta que o recorrente nega apenas a existência de fato gerador sem apresentar prova capaz de alterar a Decisão recorrida. Opinou pelo Improvimento do Recurso.

VOTO

Examinando os documentos e peças processuais constantes dos autos, verifico que a infração descrita foi “recolheu a menor em decorrência da divergência entre os valores lançados no livro Registro de Entradas de Mercadorias e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, referentes aos exercícios de 1997 a 1999. Apurado através de Auditoria de Conta corrente. Desencontro entre as informações constantes no meio magnético e o livro Registro de Entradas”.

Da irregularidade descrita a autuante efetuou lançamento fiscal exigindo imposto no valor de R\$41.052,34 com multa de 60%, que acertadamente não prevaleceu no julgamento de 1ª Instância, o que importou na interposição do Recurso de Ofício como dispõe o art. 170, inciso I, do RPAF/99 que determina seja interposto na própria Decisão. Também foi a Decisão proferida naquela instância, objeto de Recurso Voluntário pelo sujeito Passivo, respaldado na legislação processual vigente – art. 169, II “b” do mesmo regulamento.

Acerca do Recurso de Ofício, verifico que não cabe reparo, visto que o Julgador afastou a exigência de imposto e aplicou multa, em face do descumprimento de obrigação acessória, diante do desencontro entre as informações constatadas nos livros fiscais e arquivos magnéticos.

Quanto à recomendação do relator para que o Inspetor Fazendário adotasse a providência de iniciar um procedimento fiscal para verificar se o lançamento no livro Registro de Saídas referente às notas fiscais de remessa p/comodato com imposto destacado tiveram de fato o débito lançado, entendo que é uma medida acertada para que seja verificado, se o correto tratamento tributário foi adotado nas operações que estão consignadas no CFOP nº 5.99, uma vez que as notas fiscais acostadas aos autos indicam destaque de imposto.

Ademais consoante dispõe o art. 156 do RPAF/99, deve o órgão julgador representar a autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal, nas hipóteses ali elencadas ou seja ocorrendo agravamento da situação ou necessidade de lavratura de outro Auto de Infração. embora no caso em tela, não tenha restado provado esta medida, mas a situação requer um exame para que se possa verificar qual o tratamento utilizado pelo sujeito passivo para as operações que resultaram nas divergências apontadas na peça acusatória.

Por todo o exposto, relativamente ao reexame da parte sucumbente, outro não pode ser o decisor, senão pelo Não Provimento do Recurso de Ofício.

Quanto ao Recurso Voluntário, verifico que na intimação de fl. 89 dos autos, o objeto constante da intimação é a solicitação dos arquivos magnéticos do período de janeiro/97 a setembro/2000 e de outubro a dezembro de 2001 e foi solicitado ainda a apresentação do Registro nº 54 e a recomendação de qual o percentual da multa na forma do inciso XIII-A do art. 915 do RICMS/97 e ainda a apresentação das notas fiscais de entradas e de saídas.

Constata-se que diante das divergências encontradas entre os lançamentos do livro REM e RAICMS e os arquivos magnéticos a autuante apurou o débito às fls. 105 (exercício de 1997) fl. 142 (exercício de 1998) e fl. 192 (exercício de 1999), e que foram os valores que serviram de base de cálculo da aplicação da multa.

Nas razões aduzidas pelo recorrente basicamente com os mesmos argumentos da defesa, se insurgem quanto aplicação da multa na Decisão recorrida por que entende que não havendo fato gerador não haveria por que ser apenado com a multa.

Ocorre que este é um raciocínio equivocado, pois restou caracterizado o descumprimento de obrigação acessória e inclusive o próprio sujeito passivo reconheceu que houve erro na transposição dos valores dos livros Registro de Entradas e RAICMS para os arquivos magnéticos gerados com base nos lançamentos dos referidos livros. Portanto a obrigação de natureza acessória remanesce, e diante da irregularidade no seu cumprimento a legislação instituiu a penalidade correspondente.

Contudo, no caso em exame, verifico que assiste ao recorrente quando alega que a multa de 5% sobre o valor das operações, merece reparo. Uma vez que os arquivos magnéticos produzidos pelo recorrente se referem aos exercícios de 1997 a 1999, e neste caso a aplicação da multa pelo julgador da 1ª Instância, esbarra no Princípio da Reserva Legal e da Segurança Jurídica, posto que a Lei nº 7667 que instituiu a multa prevista no inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7014/96, foi editada em 2000 e teve a sua vigência a partir de 15/06/2000, e o Decreto nº 7824 de 17/07/00 que modificou o RICMS/97. também teve os efeitos a partir de 01/01/2001, com a alteração nº 17. E consoante dispõe o art. 106, II, “c” do CTN, a multa só pode retroagir quando comine pena mais benéfica do que a aplicada ao tempo em que ocorreu o fato gerador. Logo, não poderia ser aplicada a multa de 5%, e por isso deve ser a mesma reformada, para diante do descumprimento

da obrigação acessória aplicar a multa prevista no art. 42, inciso XVIII, “b” da Lei nº 7014/96, prevista pela legislação nos períodos alcançados pela fiscalização (1997 a 1999).

Por todo o exposto, concluo que restou de maneira indubitosa a irregularidade que enseja a aplicação de multa por descumprimento de obrigação de natureza acessória pela inexatidão das declarações dos dados nas informações-fiscais exigidas por meio de arquivos magnéticos, mas deve ser modificada a Decisão recorrida para a correção da multa.

Assim, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentados para modificar a Decisão Recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 089599.0002/02-8, lavrado contra **BAHIANA DISTRIBUIDORA DE GÁS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento da multa no valor de **R\$120,00**, prevista no art. 42, XVIII, “b”, da Lei nº 7.014/9, com a alteração da Lei nº 7753/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de maio de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

IVONE DE OLIVEIRA MARTINS - RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ– REPR. DA PROFUZ