

PROCESSO - A. I. Nº 232856.0006/07-1
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e RAIMUNDO DE SOUZA SILVA (APOIO RODOVIÁRIO R.S. SILVA)
RECORRIDOS - RAIMUNDO DE SOUZA SILVA (APOIO RODOVIÁRIO R.S. SILVA) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JJF nº 0213-3/08
ORIGEM - INFAZ JEQUIÉ
INTERNET - 04/12/2008

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0353-12/08

EMENTA: ICMS. 1. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Refeitos os cálculos mediante diligência fiscal realizada por preposto da ASTEC, o imposto originalmente apurado ficou reduzido. 2. ARQUIVO MAGNÉTICO. FALTA DE ENTREGA. CONTRIBUINTE REGULARMENTE INTIMADO. A legislação prevê aplicação de multa pela falta de entrega dos arquivos magnéticos, ou em decorrência de sua apresentação com informações divergentes dos documentos fiscais correspondentes ou omissão de dados. Modificada a Decisão recorrida. Reduzido o débito a 50% do valor da multa originalmente aplicada nos exercícios 2003 e 2005. Excluída a exigência relativa ao exercício de 2004 em razão de o Registro 74 haver sido exigido a partir de 14/02/2005, por força do Decreto nº 9.332/05. Infração caracterizada em parte. Afastada a preliminar de nulidade. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão não unânime quanto aos exercícios 2003 e 2005.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário e de Recurso de Ofício, interpostos pelo sujeito passivo e pela Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do art. 169, I, “a”, item 1, do RPAF/99, sendo o objeto do primeiro Recurso apenas a infração 2 e do segundo a infração 1, que abaixo transcrevo:

INFRAÇÃO 1 – Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas, no período de janeiro de 2003 a setembro de 2005, exigindo um débito no valor de R\$116.389,55;

INFRAÇÃO 2 – Deixou de fornecer arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, sendo exigido multa no valor total de R\$16.564,14.

A JJF ao analisar as alegações trazidas pelo recorrente reconheceu que a empresa autuada exerce a atividade de Bar e que as notas fiscais objeto da autuação se referiam à aquisição de bens para

consumo do estabelecimento, ou seja, para serem utilizados na sua atividade comercial, e mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, e determinou que fosse realizada uma diligência por prepostos da ASTEC, a fim de que fosse elaborado um demonstrativo da proporcionalidade das entradas de mercadorias tributáveis, isentas ou não tributáveis, e mercadorias sujeitas à substituição tributária, com base nas DMAS dos exercícios de 2003, 2004 e 2005.

Os julgadores de Primeira Instância, após analisar a diligência da ASTEC, a qual não foi contestada nem pelo autuante e nem pelo sujeito passivo, acolheu a referida diligência e julgou a infração 1 parcialmente subsistente, reduzindo o valor do débito de R\$116.389,55 para R\$12.118,68.

No que se refere à infração 2, os julgadores da JJF não acolheram as razões trazidas na impugnação por entenderem, em apertada síntese que:

“Considerando que procedimento fiscal foi efetuado observado os requisitos estabelecidos na legislação, quanto à necessidade de intimação específica ao contribuinte para a necessária entrega dos arquivos, conforme acima exposto, concluo pela subsistência da exigência fiscal, estando a multa aplicada de acordo com a previsão regulamentar.”

No tocante ao pedido de dispensa de multa feito pelo sujeito passivo, os julgadores *a quo* afastaram tal pedido por entenderem que não ficou comprovado, nos autos, que a infração apurada não implicou falta de recolhimento do imposto, conforme previsto no § 7, do art. 42, da Lei nº 7.014/96.

Tendo em vista que a redução do débito da infração 1 foi superior a R\$50.000,00 os Julgadores de Primeira Instância administrativa recorreram de ofício.

Inconformado com a Decisão proferida em primeiro grau, o autuado interpôs Recurso Voluntário, impugnando apenas a infração 2, correspondente à multa por falta de entrega de arquivo magnético, exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas.

Pugna o sujeito passivo pela nulidade da infração 2 aduzindo que houve erro na descrição dos fatos e na capitulação da infração. Tece comentários acerca dos princípios da ampla defesa e da segurança jurídica, aduzindo que a acusação de não fornecimento dos arquivos magnéticos não corresponde à realidade dos fatos e destaca que na descrição da infração o autuante não mencionou qual o tipo de omissão, ou mesmo se os arquivos foram entregues fora do padrão exigido, e não se confunde falta de entrega de arquivos com omissão de dados; o autuante não poderia tratar uma pela outra, e neste ponto, a acusação fiscal é incorreta e insegura. Sustenta as suas alegações no art. 18 do RPAF e julgamentos realizados pelo CONSEF em caso análogo.

Caso seja ultrapassada a preliminar de nulidade, assevera que não concorda com o valor da multa cobrada no Auto de Infração, pois o autuante considerou como base de cálculo toda a movimentação do estabelecimento, e não apenas as saídas tributáveis. Cita decisões deste CONSEF e pugna para que seja recalculada a multa, aplicando-se o percentual de 1% apenas sobre as saídas tributáveis.

Sustenta que no presente caso pode ser aplicado o §7º do art. 42, da Lei 7.014/96, uma vez que não houve intenção de lesar o fisco, a infração não foi praticada de forma dolosa e não implicou em falta de recolhimento do tributo. Cita ementa e trechos de decisões do CONSEF, para fundamentar o seu pedido de cancelamento ou redução da multa.

Ao final de seu Recurso Voluntário, pugna pela nulidade da infração 2, e caso a preliminar seja ultrapassada, requer o cancelamento ou a redução da penalidade aplicada.

A Procuradoria ao se manifestar sobre o Recurso Voluntário, afasta a preliminar de nulidade, por entender que a penalidade aplicada no presente caso encontra-se correta, já que a autuada devidamente intimada para a apresentar os arquivos magnéticos relativos ao período fiscalizado,

deixou de fornecê-los.

Diz que não merece guarita a tese do recorrente de erro na quantificação da multa, por ter sido considerada toda a movimentação do estabelecimento ao invés de saídas tributáveis. Aduz que a alínea “g”, do inciso XIII-A do art. 42, da Lei 7.014/96 contempla a totalidade das operações de entradas e de saídas e não saídas tributáveis, como pretende fazer crer a autuada. Assim, resta descabido o pedido de novo cálculo da multa com a aplicação do percentual sobre as saídas tributáveis, vez que não há tal previsão no dispositivo legal.

No tocante ao pedido de cancelamento ou redução da multa, a representante da PGE/PROFIS assevera que se trata de um poder discricionário do E. CONSEF, o qual deverá ser utilizado com observância à conveniência e à oportunidade de acordo com o caso concreto e que a PGE/PROFIS não pode opinar sobre a redução ou cancelamento da multa, sob pena de usurpar a competência atribuída pela Lei para o CONSEF.

VOTO

O presente Recurso Voluntário insurge-se, apenas, contra a infração 2, a qual acusa o recorrente de ter deixado de fornecer arquivo magnético, exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas.

O sujeito passivo pugna pela nulidade da infração 2, aduzindo, em apertada síntese que houve erro na descrição dos fatos e na capitulação da infração, o que ocasionou a violação aos princípios da segurança jurídica e da ampla defesa.

Em que pese a bem elaborada tese defensiva, a mesma, no presente caso, não merece prosperar. Conforme bem salientou o julgador de Primeira Instância, pode-se facilmente constatar que a descrição dos fatos aponta que a autuação foi decorrente da falta de entrega do arquivo magnético, exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas.

O art. 19 do RPAF é claro ao afirmar que o erro na indicação do dispositivo regulamentar não implica nulidade da infração desde que pela descrição dos fatos fique evidente o enquadramento legal, isto porque o sujeito passivo se defende dos fatos que lhe são imputados.

A nulidade argüida pelo recorrente apenas haveria guarida se houvesse a comprovação de que tal vício trouxesse, efetivamente, prejuízo ao seu exercício de defesa, o que inocorreu no presente caso. Como se pode verificar, o autuado exerceu o seu direito de defesa com plenitude, atacando todos os pontos da autuação que considerou equivocados.

Ressalte-se, ainda, que o sujeito passivo entendeu claramente a acusação que lhe estava sendo feita ao afirmar que *“muito embora a impugnante tenha tentado complementar os arquivos, se viu impossibilitada, em virtude do exíguo prazo concedido de atender a referida intimação”*. Ou seja, a infração foi imputada com segurança e está devidamente enquadrada, pois como se pode constatar, o sujeito passivo não atendeu a intimação para apresentar os seus arquivos magnéticos dentro do prazo legal.

Apenas para demonstrar que a infração praticada pelo contribuinte encontra-se devidamente segura, merece transcrição o § 6º do art. 708-B do RICMS:

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.

(...)

§ 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.

Desta forma, pode-se afirmar que o presente Auto de Infração encontra-se revestido de todas as formalidades legais, não havendo qualquer vício que pudesse macular os princípios do devido processo legal, ampla defesa e da segurança jurídica. Afasto a preliminar de nulidade suscitada.

Seguindo a sua peça defensiva, o recorrente se insurge contra a quantificação da multa aplicada. Segundo o mesmo, o autuante se equivocou com a base de cálculo da penalidade, ou seja, a multa foi calculada com base em todas as movimentações do estabelecimento, e não apenas as saídas tributáveis.

Antes de enfrentar expressamente as teses defensivas no que concerne ao mérito da aplicação da multa em questão, inicialmente venho julgar improcedente a multa aplicada no exercício de 2004. Compulsando os autos, observo que a intimação para apresentação dos arquivos magnéticos no exercício de 2004 e 2005 se referem apenas ao registro 74, ou seja, inventário da empresa. Ocorre que o registro 74 (inventário) apenas passou a ser exigido pelo fisco baiano em 14.02.2005, através do Decreto nº 9.332/05. Assim, tendo em vista que a intimação apenas exige o registro 74 no ano de 2004, a multa aplicada é indevida.

No tocante ao exercício de 2003, a improcedência não deve prosperar, uma vez que a intimação para apresentação dos registros no referido ano engloba outros registros. No que concerne ao exercício de 2005, a multa encontra-se correta, uma vez que a inclusão do registro 74 na escrituração magnética da empresa já se encontrava vigente ao final do ano de 2005, quando deveria ser efetuado o registro 74.

Tendo sido ultrapassada a improcedência parcial da aplicação da multa na infração 2, cabe neste momento enfrentar a sua legalidade.

Conforme se depreende da legislação pertinente à matéria *sub judice*, o dispositivo legal que regulamenta a multa a ser aplicada nos casos em comento, ou seja, pela falta de apresentação dos arquivos magnéticos, exigido mediante intimação, incide no percentual de 1% sobre o valor das saídas das mercadorias do estabelecimento, no período da apuração.

A análise dos demonstrativos elaborados pelo autuante, às fls. 246, 261 e 276, pode-se verificar que a base de cálculo utilizada para aplicação da multa objurgada foi feita com base nos valores das saídas, constantes no livro registro de saídas.

Diante do exposto, pode-se concluir que a multa aplicada ao recorrente encontra-se calculada corretamente merecendo ser indeferido o pedido de cálculo da multa sobre o percentual de 1% sobre o valor das saídas tributáveis, uma vez que a legislação é clara ao estabelecer que a multa deve incidir sobre todas as saídas de mercadorias. Ademais, deve-se ressaltar que a multa aplicada no presente caso é de cunho acessório e se deve aos embaraços à fiscalização ocasionado pelo não fornecimento dos arquivos magnéticos, sendo irrelevante serem as saídas tributáveis ou não.

No que concerne à aplicação do § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, ou seja, cancelamento ou redução da multa aplicada, razão em parte assiste ao recorrente. O artigo supracitado, prevê a possibilidade do cancelamento ou redução das multas por descumprimentos de obrigações acessórias pelos julgadores deste órgão colegiado, desde que fique comprovado de que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto.

A análise do caso concreto, pode-se verificar que o sujeito passivo preenche os requisitos para o cancelamento ou redução da multa, ou seja, não restou comprovado que o recorrente praticou esta infração com dolo, fraude ou simulação e que resultou em falta de recolhimento do imposto.

Porém entendo que no presente caso não seja a hipótese de cancelamento da multa, tendo em vista as implicações causadas na fiscalização com a falta de apresentação dos arquivos magnéticos.

Estando afastada a possibilidade de cancelamento da multa, nos resta analisar a possibilidade da redução da multa. Como é sabido, a análise dos pedidos de redução de multa deve ser analisada à égide dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. O § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, permite a possibilidade do julgador adequar a multa com o caso concreto, de acordo com as consequências que determinado ilícito venha ocasionar à fiscalização ou ao Fisco.

O aplicador da Lei ao se afrontar com um caso concreto, deverá interpretá-la sempre de forma prudente, ou seja, analisar a medida concreta e a sua finalidade que se quer atingir, sempre atendendo o princípio constitucional da proporcionalidade.

Acerca do assunto em exame, Humberto Ávila, leciona com bastante maestria:

O exame de proporcionalidade aplica-se sempre que houver uma medida concreta destinada a realizar uma finalidade. Nesse caso devem ser analisadas as possibilidades de a medida levar à realização da finalidade (exame da adequação), de a medida ser menos restritiva aos direitos envolvidos dentre aquelas que poderiam ter sido utilizadas para atingir a finalidade (exame da necessidade) e de a finalidade pública ser tão valorosa que justifique tamanha restrição (exame da proporcionalidade em sentido estrito).

Vejamos o que ensina Luís Virgílio Afonso da Silva:

“A regra da proporcionalidade é uma regra de interpretação e aplicação do direito – no que diz respeito ao objeto do presente estudo, de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais -, empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou de outros direitos fundamentais. O objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade, como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais. É, para usar uma expressão consagrada, uma ‘restrição às restrições’. Para alcançar esse objetivo, o ato estatal deve passar pelos exames da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Esses três exames são, por isso, considerados como sub-regras da regra da proporcionalidade”.

No presente caso, entendo que a multa aplicada encontra-se desproporcional com a conduta do autuado. Como se pode vê, em que pese o recorrente não ter apresentado os arquivos magnéticos dentro do prazo estipulado na intimação, a fiscalização pode ter sido realizada através de outros métodos de fiscalização. Portanto, cabe a este órgão colegiado, adequar a multa aplicada com a intensidade dos prejuízos causados com a sua conduta ilícita, com observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Tendo em vista que a omissão do recorrente ocasionou prejuízo, que a meu sentir foi de monta razoável, uma vez que a fiscalização teve que ser realizada por meios manuais e mais trabalhosos, obrigando que o fiscal autuante despendesse mais tempo para a fiscalização da Autuada, entendo que a multa deve ser reduzida em 50% do valor exigido no Auto de Infração.

Do exposto, voto no sentido de dar PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário, para reformar a Decisão guerreada, a fim de reduzir o valor da multa por descumprimento de obrigação acessória, imposta na infração 2, no percentual de 50% do valor remanescente, conforme demonstrativo abaixo:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO DA INFRAÇÃO 2										
Seq.	Infr.	Código	Grp.	D. Ocorrência	D. Vencimento	Aliq. (%)	Vlr. Histórico	Multa (%)	Vlr. Julgado-JJF	Vlr. Julgado-CJF
1	2	16.12.15	M	31/12/2003	09/01/2004	0	1.474,68	1	1.474,67	737,34
2	2	16.12.15	M	31/01/2004	09/02/2004	0	1.082,53	1	1.082,53	0,00

3	2	16.12.15	M	28/02/2004	09/03/2004	0	570,37	1	570,37	0,00
4	2	16.12.15	M	31/03/2004	09/04/2004	0	432,52	1	432,51	0,00
5	2	16.12.15	M	30/04/2004	09/05/2004	0	332,87	1	332,87	0,00
6	2	16.12.15	M	31/05/2004	09/06/2004	0	215,34	1	215,33	0,00
7	2	16.12.15	M	30/06/2004	09/07/2004	0	396,47	1	396,47	0,00
8	2	16.12.15	M	31/07/2004	09/08/2004	0	568,68	1	568,68	0,00
9	2	16.12.15	M	31/08/2004	09/09/2004	0	337,07	1	337,06	0,00
10	2	16.12.15	M	30/09/2004	09/10/2004	0	285,05	1	285,05	0,00
11	2	16.12.15	M	31/10/2004	09/11/2004	0	422,65	1	422,64	0,00
12	2	16.12.15	M	30/11/2004	09/12/2004	0	429,60	1	429,59	0,00
13	2	16.12.15	M	31/12/2004	09/01/2005	0	961,19	1	961,19	0,00
14	2	16.12.15	M	31/01/2005	09/02/2005	0	827,59	1	827,58	413,79
15	2	16.12.15	M	28/02/2005	09/03/2005	0	365,69	1	365,68	182,84
16	2	16.12.15	M	31/03/2005	09/04/2005	0	187,62	1	187,62	93,81
17	2	16.12.15	M	30/04/2005	09/05/2005	0	43,43	1	43,43	21,72
69	2	16.12.15	M	31/01/2003	09/02/2003	0	1.287,75	1	1.287,75	643,88
70	2	16.12.15	M	28/02/2003	09/03/2003	0	900,17	1	900,17	450,09
71	2	16.12.15	M	31/03/2003	09/04/2003	0	649,25	1	649,25	324,63
72	2	16.12.15	M	30/04/2003	09/05/2003	0	434,53	1	434,53	217,27
73	2	16.12.15	M	31/05/2003	09/06/2003	0	418,04	1	418,04	209,02
74	2	16.12.15	M	30/06/2003	09/07/2003	0	775,93	1	775,92	387,96
75	2	16.12.15	M	31/07/2003	09/08/2003	0	979,99	1	979,98	489,99
76	2	16.12.15	M	31/08/2003	09/09/2003	0	662,75	1	662,74	331,37
77	2	16.12.15	M	30/09/2003	09/10/2003	0	494,11	1	494,11	247,06
78	2	16.12.15	M	31/10/2003	09/11/2003	0	878,19	1	878,18	439,09
79	2	16.12.15	M	30/11/2003	09/12/2003	0	150,20	1	150,20	75,10
TOTAL							142.469,52		16.564,14	5.264,96

Quanto ao Recurso de Ofício, infração 1, o mesmo não merece prosperar. Conforme pode-se extrair da Decisão guerreada, a redução feita pela JJF foi decorrente de uma perícia técnica, baseada em provas materiais, cujo o resultado não foi contestado pelo autuado e pelo autuante.

Entendo estar correta a Decisão *a quo* no tocante à infração 1, já que a mesma atendeu o quanto disposto na Instrução Normativa nº 56/07, na qual estabelece que na hipótese de ser apurada omissão de saídas presumidas a fiscalização pode considerar que parte desses valores se refere a operações isentas, não tributadas e/ou sujeitas à substituição tributária, excluindo desses valores o ICMS devido, se existirem informações e elementos que permitam essa exclusão.

Assim, estando evidente de que as reduções realizadas pelos julgadores de Primeira Instância foi baseada em um Parecer Técnico e que restou comprovado que o autuado trabalha com mercadorias isentas ou com fase de tributação encerrada, voto no sentido de não dar provimento ao Recurso de Ofício.

VOTO DIVERGENTE (Exercício de 2003 – Infração 2)

Discordo em parte do nobre conselheiro relator da sua Decisão a respeito da infração 2 no que concerne ao exercício de 2003 e expresso minha concordância a sua Decisão quanto aos demais exercícios.

No exercício de 2003 não somente houve a falta do registro tipo 74, mas também dos registros tipos 75, 60M e 60A. Estes registros são destinados a informar as operações e prestações realizadas com os documentos fiscais emitidos por equipamento emissor de cupom fiscal e Nota Fiscal de Venda a Consumidor, modelo 2, bem como, o registro de código de produto e serviço. Ou seja, a falta destes registros inviabiliza a realização de uma auditoria fiscal por meio dos mesmos, descumprindo, desta forma, a sua finalidade.

Observo que a existência, ou não, dos arquivos magnéticos não impede a realização de uma auditoria fiscal. O que ele impede é a realização desta auditoria de maneira mais completa. Os tipos de omissões existentes inviabilizam qualquer auditoria “mais completa” a ser realizada pela fiscalização. No presente caso este fato resta comprovado, ou seja, se os arquivos magnéticos estivessem corretos a auditoria procedida para exigência do ICMS do Auto de Infração não teria sido feita manualmente.

Em assim sendo, o que aqui se aplica é multa específica, determinada em lei. E, entendo, quando a lei assim prevê, em qualquer momento indica dolo, fraude ou simulação. Apenas aplica penalidade por descumprimento de obrigação acessória. Se tal multa é de grande monta, ou não, a questão é de outra ordem.

Por tudo exposto meu voto é pela procedência total da multa aplicada no exercício de 2003 no valor de R\$9.105,54.

VOTO DIVERGENTE (Exercícios de 2003 e 2005 – Infração 2)

Discordo em parte do nobre conselheiro relator da sua Decisão a respeito da infração 2 no que concerne ao exercício de 2003 e de 2005.

No presente caso, entendo que a multa aplicada encontra-se desproporcional com a conduta do Autuado. Como se pode vê, em que pese o recorrente não ter apresentado os arquivos magnéticos dentro do prazo estipulado na intimação, a fiscalização pode ter sido realizada através de outro roteiro de fiscalização. Portanto, cabe a este órgão colegiado, adequar a multa aplicada com a intensidade dos prejuízos causados com a sua conduta ilícita, com observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Tendo em vistas que a omissão do recorrente ocasionou prejuízo, que a meu sentir foi de monta razoável, uma vez que a fiscalização teve que ser realizada por meios manuais e mais trabalhosos, obrigando que o fiscal autuante despendesse mais tempo para a fiscalização do autuado, entendo que a multa deve ser reduzida em 50% do valor exigido no auto de infração.

No que concerne ao exercício de 2005, a multa encontra-se correta, uma vez que a inclusão do registro 74 na escrituração magnética da empresa já se encontrava vigente ao final do ano de 2005, quando deveria ser efetuado o registro 74. Observo que a existência, ou não, dos arquivos magnéticos não impediu a realização de uma auditoria fiscal. O que ele impede é a realização desta auditoria de maneira mais completa. Os tipos de omissões existentes inviabilizam qualquer auditoria “mais completa” a ser realizada pela fiscalização. No presente caso este fato resta comprovado, ou seja, se os arquivos magnéticos estivessem corretos a auditoria procedida para exigência do ICMS do Auto de Infração não teria sido feita manualmente.

Do exposto, voto no sentido de dar provimento parcial ao Recurso Voluntário, para reformar a decisão guerreada, a fim de reduzir o valor da multa por descumprimento de obrigação acessória, imposta na infração 2, no percentual de 10% do valor remanescente em relação ao exercício de 2005.

Quanto ao Recurso de Ofício, infração 1, o mesmo não merece prosperar. Conforme se pode extrair da decisão guerreada, a redução feita pela JJF foi decorrente de uma perícia técnica, baseada em provas materiais, cujo resultado não contestado pelo autuado e pelo autuante.

Entendo estar correta a Decisão *a quo* no tocante a infração 1, já que a mesma atendeu o quanto disposto na Instrução Normativa nº 56/07, na qual estabelece que na hipótese de ser apurada omissão de saídas presumidas a fiscalização pode considerar que parte desses valores se refere a operações isentas, não tributadas e/ou sujeitas à substituição tributária, excluindo desses valores o ICMS devido, se existirem informações e elementos que permitam essa exclusão.

Assim, estando evidente de que a redução realizada pelos julgadores de Primeira Instância foi baseada em um Parecer Técnico e que restou comprovado que o autuado trabalha com mercadorias isentas ou com fase de tributação encerrada, voto no sentido de não dar provimento ao Recurso de Ofício.

Por tudo exposto meu voto é pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário no tocante à infração 2, aplicando-se a redução de 50% em relação ao exercício de 2003 e de 10% em relação ao exercício de 2005 do valor da multa aplicada.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e, em decisão não unânime quanto aos exercícios 2003 e 2005, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232856.0006/07-1**, lavrado contra **RAIMUNDO DE SOUZA SILVA (RODOVIÁRIO R.S. SILVA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$21.530,65**, acrescido das multas de 60% sobre R\$9.411,97 e 70% sobre R\$12.118,68, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “d” e “f”, e III, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$5.264,96**, prevista no art. 42, XIII-A, “g”, da mesma lei, com os acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05.

Quanto à Infração 2 (Exercício 2003) – Recurso Voluntário

VOTO VENCEDOR - Conselheiros (as): Márcio Medeiros Bastos, Fauze Midlej, Eduardo César Gonçalves Braga, Álvaro Barreto Vieira e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO DIVERGENTE - Conselheira: Mônica Maria Roters.

Quanto à Infração 2 (Exercícios de 2003 e 2005) – Recurso Voluntário

VOTO VENCEDOR - Conselheiros (as): Márcio Medeiros Bastos, Mônica Maria Roters, Fauze Midlej, Álvaro Barreto Vieira e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO DIVERGENTE - Conselheiro: Eduardo César Gonçalves Braga.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de novembro de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

MÁRCIO MEDEIROS BASTOS – RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS – VOTO DIVERGENTE
(Exercício de 2003 – Infração 2)

EDUARDO CÉSAR GONÇALVES BRAGA – VOTO DIVERGENTE
(Exercício de 2003 e 2005 – Infração 2)

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS