

PROCESSO - A. I. Nº 206825.0027/08-9
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e ATON ENGENHARIA E COMÉRCIO LTDA.
RECORRIDOS - ATON ENGENHARIA E COMÉRCIO LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0250-02/09
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 10/09/2010

2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0259-12/10

EMENTA: ICMS. 1. NULIDADE. ARBITRAMENTO. Comprovada, através de diligência, a efetiva possibilidade de apuração do imposto por outros meios, enseja a nulidade do lançamento, consoante a Súmula nº 5 do CONSEF. Infração nula. 2. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. a) ARQUIVOS MAGNÉTICOS. APRESENTAÇÃO SEM A TOTALIDADE DAS OPERAÇÕES. MULTA. De acordo com o RICMS o contribuinte que utiliza o sistema de processamento de dados para emissão de documentos fiscais, está obrigado a apresentar o arquivo magnético contendo a totalidade das operações. O autuado não apresentou os registros 54, 74 e 75. Infração caracterizada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime. Recurso Voluntário **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Ofício interposto pela 2ª JJF acerca da sua Decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em referência, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/BA, e de Recurso Voluntário interposto pelo autuado com o intuito de impugnar o Recurso de Ofício da Decisão recorrida acerca da infração 1 e reformar a Decisão mantida acerca da infração 2 que assim se apresentou:

- 1 deixou de recolher ICMS , apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude de emissão em desconformidade com a operação realizada. ICMS no valor de R\$655.262,00, acrescido da multa de 100%;
- 2 deixou de fornecer arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas. Multa no valor de R\$ 10.042,09.

O autuado, através de seus advogados legalmente constituídos, apresentou defesa, às fls. 70 a 84, onde alegou, preambularmente, a nulidade com fulcro no art. 28, § 1º do RPAF/BA, haja vista o Auto de Infração ter sido lavrado após vencimento do Termo de Início de Fiscalização, bem como, em relação à infração 1, por ausências de fundamentação técnica para a apuração do arbitramento da base de cálculo, trazendo, para tanto, os dispositivos da legislação tributária estadual que regula a matéria.

Relaciona as razões pelas quais o autuante optou pelo arbitramento: ausência do LRI de 2003, divergências de discriminação entre entradas e saídas quanto às mercadorias citadas pelo autuante e da falta de apresentação de arquivos magnéticos.

O autuado admitiu o descumprimento de obrigação acessória a cabível a multa contra ele aplicada. Quanto aos arquivos magnéticos, alega que não foi possível a apresentação dos arquivos magnéticos devido ao fato de que o sistema utilizado pelo autuado não possui a função de exportar os arquivos magnéticos para o sistema de processamento de dados utilizado pelo Fisco. No que tange

discriminação das mercadorias, o fato de existir “entradas sem saídas” ou saídas sem entradas, não assegura, segundo seu entendimento, qualquer indício de suporte ao arbitramento, afirmando poder existir entradas de mercadorias, cujas saídas se dão com denominação diversa, tendo em vista as exigências dos editais de licitações dos contratos efetuados pelo autuado.

No que concerne à questão do mérito da causa, assevera que o autuante não explica a origem dos valores coletados a título de Despesas Gerais. Considera os valores deduzidos a título de ICMS recolhido, não correspondentes à realidade. Assegura que o autuante não computou os créditos de direito, embora tenha tido acesso às notas fiscais de entradas do exercício de 2004.

Com relação à infração 2, alegou que desconhecia a intimação, discriminando as inconsistências dos seus arquivos e concedendo o prazo de 30 dias para correção. Afirma que a única intimação feita de forma regular encontra-se datada de 09/02/08, e não corresponde aos preceitos regulamentares de prazo e demais formalidade.

Pede, caso entenda-se como existente a infração 2, a redução da multa para 10% do valor exigido, a exemplo de decisões relativas aos Acórdãos n^{os} 0125-12/07, 0065-12/06, bem como a revisão da ação fiscal para atestar a possibilidade de outros roteiros de auditoria, bem como conferir os valores reais das despesas, pagamentos e créditos destacados. Pede pela nulidade ou improcedência dos itens 1 e 2.

O autuante, às fls. 107 a 119, apresenta a informação fiscal, contestando a peça de defesa do contribuinte, entendendo que o Auto de Infração não consta de vícios que ensejem a sua nulidade, não tendo o contribuinte agido conforme preceitua a legislação em vigor, o que resultou em sua incidência nas duas infrações.

Alegou que, considerando que o sujeito passivo não apresentou, de forma objetiva, elementos que justifiquem a elisão da cobrança, deve-se manter a manutenção da cobrança na íntegra dos valores constantes do Auto de Infração epigrafado nos autos.

O autuado manifestou-se novamente, às fls. 123 a 125, afirmando que vende mediante licitações. Do total de suas vendas 75,29% são destinadas à PETROBRÁS (demonstrativo anexo), operações impossíveis de serem efetuadas sem documentação fiscal. Assevera que o total das vendas do autuado em 2004 foi de R\$ 1.461.210,44, o que, por si só, indica a ineficácia da exigência, revelando ainda que os cálculos apresentados na autuação, cuja origem dos dados é desconhecida, estão totalmente viciados, inclusive porque certamente incluem despesas de dois estabelecimentos.

Concluiu, protestando pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de novos documentos e revisão por fiscal estranho ao feito para atestar a possibilidade de desenvolvimento de outros roteiros de auditoria a partir dos documentos apresentados (e que se encontram à disposição), bem como para conferir os valores reais das despesas do estabelecimento autuado, pagamentos e créditos destacados nas notas fiscais de entradas, o autuado pede novamente pela nulidade ou improcedência dos itens 1 e 2, ora contestados e, com relação ao item 2, na hipótese de condenação, protesta pela dispensa redução da multa para 10% do valor original.

A 1ª JJE, às fls. 195, deliberou que o processo seja encaminhado à ASTEC/CONSEF, para que o diligente:

- a) verificasse se, diante dos livros, documentos fiscais disponibilizados, e informações prestadas pelo autuado à SEFAZ, é possível a apuração do montante real da base de cálculo pelos meios convencionais de fiscalização, informando quais são eles e os respectivos elementos para a sua realização;
- b) caso não fosse possível a apuração acima aludida, fossem concedido o autuado, relativos às aquisições do exercício de 2004, o direito de crédito do imposto devido, à fl. 64 dos autos.

A ASTEC/CONSEF, através da Auditora Fiscal diligente Maria do Socorro Fonseca de Aguir, apresenta seu Parecer de nº 71/2009, afirmando que o autuado foi intimado a apresentar os livros e documentos fiscais, conforme Intimação Fiscal à fl. 200. Foram apresentados os livros Registro de Entradas de Mercadorias, Registro de Saídas de Mercadorias, Registro de Apuração de ICMS, com respectivos DAE's, (fls. 207/241), livro Registro de Inventário, referente ao exercício de 2004 (fls.202/204), Notas Fiscais de Entradas e as 3^{as} vias das Notas Fiscais de Saídas, e todos os livros e documentos apresentando regularidade. Em relação ao Registro de Inventário do exercício de 2003, o autuado apresentou uma CERTIDÃO (fl. 02), comprovando o Registro do Furto, onde, entre outros objetos e documentos, estavam os livros fiscais do exercício de 2003.

Assegura ter constatado, também, que o autuante teve acesso a esses livros e documentos, tendo em vista os Termos de Arrecadação de Livros e ou Documentos, às fl. 12 e 13, onde constam, também, o livro Diário e Duplicatas e comprovantes de despesas, todos referentes ao exercício de 2004.

Afirma a diligente que, apenas a AUDITORIA DE ESTOQUES ficaria impossibilitada de ser realizada e constata, ainda, pelos livros Registro de Saídas de Mercadorias e Apuração do ICMS (fls.207/241) que o autuado registrou, no exercício de 2004, saídas no total de R\$ 2.230.848,47, sendo R\$ 1.657.750,38 referentes às saídas tributadas, conforme demonstrativo à fl. 205.

Informa que, por se tratar de empresa de engenharia, o autuado obteve Receitas de Serviços (fls. 243/254) no valor total de R\$2.217.296,83, conforme demonstrativo à fl. 242.

Conclui o seu Parecer afirmando que, de acordo com os documentos apresentados verifica-se que seria possível a aplicação de outros roteiros de auditoria a exemplo da AUDITORIA DAS DISPONIBILIDADES, AUDITORIA DAS CONTAS DO PASSIVO, etc.

Complementa afirmando que, no demonstrativo, à fl. 64, foram consideradas como despesas gerais do exercício de 2004, o valor de R\$ 1.446.528,61, oriundas dos demonstrativos das despesas relacionadas às fls. 25/33, entretanto, não é possível afirmar se estas despesas referem-se, exclusivamente, às despesas gerais com comercialização de mercadorias, haja vista que o autuado, também, é prestador de serviços.

Apresenta, à fl. 206, demonstrativo do crédito fiscal das aquisições, referente ao exercício de 2004, no valor de R\$16.972,85, que afirma ter extraído do Livro Registro de Apuração do ICMS, caso esta JJF decida pela procedência da autuação, que considerando a exclusão deste crédito resulta no valor de R\$638.289,20.

O autuado volta a se manifestar, às fls. 263/265, afirmando que a ASTEC atestou que o autuante teve acesso a livros e documentos fiscais e contábeis da empresa, os quais poderiam ser utilizados para o regular exercício da ação fiscal. Às fls. 199, a ASTEC assevera que: "De acordo com os documentos apresentados verifica-se que seria possível a aplicação de outros roteiros de auditoria a exemplo da AUDITORIA DAS DISPONIBILIDADES, AUDITORIA DAS CONTAS DO PASSIVO, etc."

Entende que essa constatação, por si só, demonstra a ineficácia da autuação e conduz à aplicação da Súmula CONSEF nº 05.

A 2ª Junta de Julgamento Fiscal fixou o seu entendimento a respeito do caso em lide com a Decisão prolatada, considerando o Auto de Infração epígrafado nos autos como sendo procedente em parte.

Em seu processo argumentativo, alegou compartilhar do entendimento do autuante, em relação à questão da intimação, tendo em vista, inclusive, o citado acórdão JJF nº. 2209-03/01, que afirma textualmente: *"O telegrama, embora não seja um meio de comuni*

artigo 108, inciso II, do RPAF/99, considerando-se efetivada a
recebimento pelo destinatário (artigo 109, inciso II do mesmo RPAF/

No que tange à infração 1, considerou que, mesmo com a falta da apresentação do Registro de Inventário, apesar de ser um dos livros mais importantes para o levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, restou demonstrado pelo diligente a disponibilidade dos livros contábeis e demais livros e documentos fiscais, não causando impedimento para apuração do imposto por outros meios e, por conseguinte, não se aplicando o arbitramento da base de cálculo, no caso em lume. Concluiu, então, pela nulidade deste item da autuação e recomendou que o procedimento fiscal fosse renovado.

Quanto à infração 2, alegou que consta, às fls. 16, intimação para apresentar os registros 54, 74, 75, relativos ao ano de 2004, em 26/05/2008, concedendo ao autuado o prazo de 30 dias. Sendo assim, verificou como tendo sido obedecido o prazo legal, bem como destaco que, não obstante, até o presente momento, o autuado não apresentou tais registros.

No tocante ao pedido de cancelamento da multa por descumprimento de obrigação acessória, alegou que tendo em vista a importância dos registros omitidos, bem como a não comprovada inexistência do dolo, se somado a desaparecimento/roubo do livro de inventário, verificou a inocorrência das condições para contemplar o pedido do impugnante quanto à redução das multas.

Concluiu julgando o Auto de Infração como Procedente em Parte.

A JJF recorreu de ofício da presente Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000, tendo o contribuinte também interposto um Recurso Voluntário, impugnando a Decisão em 1ª Instância.

Neste Recurso o autuado manifestou sua discordância quanto ao “Recurso de Ofício” com fulcro no art. 169, inciso I que transcreveu nos autos, ou seja, o autuado alegou que a interpretação do dispositivo acima revela que tal Recurso só tem aplicabilidade quando a infração que o enseja “exonera” total ou parcialmente o Contribuinte do pagamento do débito relativo, não cabendo quando a infração é julgada nula. Segundo o autuado, ato nulo é ato inexistente, não podendo gerar qualquer efeito, mesmo que seja o reexame da Decisão recorrida de ofício. Reprisa de que não houve exoneração, mas apenas recomendação de nova fiscalização. Por fim, pede no Recurso Voluntário que o “Recurso de Ofício” seja suprimido, tornado-se definitiva a Decisão recorrida da 2ª JJF.

Em relação à infração 2, alega que, como a infração 1 foi julgada nula pela 1ª instância, ensejando novo procedimento fiscal, resta em vigor apenas a infração 2. Segundo o autuado, isto possibilita a adoção do previsto no art. 42, §7º, da Lei nº 7014/96, conforme pleiteado na defesa. Segundo o autuado o lançamento não caracteriza que a infração culminou na falta de pagamento do imposto, bem como não existe nos autos qualquer indício de dolo, fraude ou simulação, além de alegar que o autuado exerce atividade mista, o que poderia implicar no risco da multa ter *“recaído sobre receitas provenientes de atividade não sujeita ao ICMS”*, frase transcrita da defesa à fl. 288 dos autos.

Antes de finalizar sua defesa, trouxe à baila uma Decisão não unânime, de um Recurso Voluntário julgado em uma das CJF do CONSEF sobre descumprimento de obrigação acessória, em que foi concedida ao autuado a dispensa da multa por descumprimento da referida obrigação fiscal.

Por fim, requereu a supressão do “Recurso de Ofício” em relação à infração 1 e a redução da multa inerente à infração 2 para 10%.

A PGE/PROFIS opinou sobre o PAF, entendendo descabida a alegação do autuado de pedir a supressão do Recurso de Ofício interposto pela 2ª JJF em relação à 169. Quanto à alegação do autuado em pleitear a redução da n

PGE/PROFIS entendeu que a competência atribuída pela lei é discricionária, podendo ser exercida ou não, pelo CONSEF.

VOTO (Vencido quanto ao Recurso Voluntário)

Compulsando os autos, verifiquei que toda a argumentação contida no Recurso Voluntário gravita em torno de dois aspectos:

O primeiro concerne a sua tentativa de desqualificar o instrumento legal do Recurso de Ofício, que inclusive lhe foi favorável, visando evitar que tal Decisão seja apreciada pela 2ª instância. Para tanto, faz uso da alegação de que não caberia tal Recurso sobre uma Decisão que julgou a infração nula, mas apenas que esta modalidade jurídica recursal só pode ser aplicada em casos de decisões que exonerem, em parte ou totalmente, a infração objeto do Recurso.

O segundo diz respeito à alegação de que tendo restado apenas a infração 2, vez que a outra foi julgada nula em 1ª instância, uma única infração fica a ser apreciada, o que, segundo ele ensejaria, por si só, a aplicação do art. 42, §7ª da Lei 7014/96.

Discordo do quanto sustentado pelo contribuinte em relação à impossibilidade da apreciação do Recurso de Ofício, firmando entendimento de que a Decisão da 2ª JF está em harmonia com os preceitos legais, que regulamentam o processo administrativo fiscal.

Cabe esclarecer ao contribuinte qual o sentido da lei ao criar a figura processual do Recurso de Ofício, para as hipóteses de exoneração do débito. O Recurso de Ofício é um mecanismo voltado à preservação da segurança jurídica nas decisões proferidas pelas juntas de julgamento fiscal, que tenham por resultado o afastamento do débito.

No art. 169, I, “a” ao mencionar o termo exoneração, o legislador fez menção à hipótese de afastamento da obrigação de pagar o débito, não restringindo aos casos de julgamento exclusivo do mérito da autuação.

Assim, em quaisquer hipóteses em que haja afastamento da obrigação de pagar o débito descrito no auto, por força de Decisão das juntas de julgamento, caberá a análise por parte deste CONSEF em sede de Recurso de Ofício.

Passando à apreciação do mérito do Recurso de Ofício, merece registro o teor da Súmula n.º 5 deste CONSEF, na qual resta consignado que somente cabe o procedimento de arbitramento da base de cálculo do ICMS quando comprovada a impossibilidade de apuração através da aplicação de outros roteiros normais de fiscalização.

Portanto, o cerne está em se verificar se no procedimento de fiscalização aplicado ao autuado, foram esgotadas todas as possibilidades de apuração da base de cálculo do ICMS, através dos livros fiscais e contábeis apresentados pelo contribuinte.

Observe-se que na busca do esclarecimento desta questão, a JF requereu em diligência à ASTEC Parecer acerca da possibilidade de apuração da base de cálculo do autuado por outros roteiros fiscais.

Como resposta, a auditora diligente firmou taxativamente a possibilidade de apuração da base de cálculo, através dos roteiros de “Auditoria das disponibilidades” e/ou “Auditoria das Contas do Passivo”.

Portanto, o arbitramento é uma medida que pode ser injusta para uma das partes, não refletindo a verdade material, sendo cabível apenas em circunstâncias extremas, ou seja, aquelas em que não se vislumbra alternativa fiscal para apuração do valor devido. Por conseguinte, em face da demonstração da existência de caminhos fiscais seguros e precis

cálculo, que garanta a justiça fiscal, firmo posicionamento no s

mostrou-se equivocado no procedimento de fiscalização que gerou a infração 01 do Auto em epígrafe.

Pelo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para manter inalterada a Decisão recorrida em relação à infração 1. Recomendo a renovação do procedimento fiscal mediante determinação da autoridade competente, a salvo de equívocos.

No que tange ao Recurso Voluntário, uma vez já afastado o argumento exarado pelo autuado de impossibilidade da apreciação do Recurso de Ofício, ressalto que o § 7º do art. 42 da Lei n.º 7.014/96, autoriza ao julgador afastar ou reduzir a multa por descumprimento de obrigação acessória quando restar comprovada a inexistência de dolo, fraude ou simulação, bem como não implique em falta de recolhimento do tributo.

Nesta esteira, estando atendidos os requisitos do parágrafo acima citado, conforme se evidencia na análise dos fatos e documentos, bem como o fato do recorrente não se caracterizar como empresa de grande porte, entendo que o valor arbitrado para a multa é sobremodo elevado, vez que o descumprimento da obrigação acessória limitou-se à entrega dos arquivos magnéticos de forma incompleta, sem que isto tenha implicado em perda de arrecadação.

Assim, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL deste Recurso Voluntário para reduzir a multa aplicada em relação à infração 2 para 10% do valor da condenação imputada no auto, nos termos pleiteados pelo autuado no seu Recurso.

VOTO VENCEDOR (Quanto ao Recurso Voluntário – Infração 2)

Com todo respeito que tenho ao nobre Conselheiro, discordo da sua decisão em relação à infração 2 do presente Auto de Infração, ou seja, redução da penalidade ao patamar de 10% do valor da multa originalmente aplicada.

O Estado não obriga os contribuintes a serem usuários do processamento eletrônico de livros e documentos fiscais (art. 683, do RICMS/97). Esta é uma opção do contribuinte que deverá, ou não, ser ratificada pela Secretaria da Fazenda. Fazendo esta opção, existem normas legais a serem seguidas. Dentre elas, que o contribuinte mantenha, pelo prazo decadencial, as informações atinentes ao registro magnético de suas operações, previsão esta esculpida no art. 686 do RICMS/97. E no seu § 5º estabelece que o contribuinte deverá fornecer arquivo magnético contendo as informações previstas no referido artigo, atendendo às especificações técnicas vigentes na data de entrega, estabelecidas no Convênio ICMS 57/95 e 39/00. Indo adiante, o art. 699 da norma regulamentar determina que o armazenamento do registro fiscal em meio magnético é disciplinado pelo Manual de Orientação para Usuários de Sistema de Processamento de Dados de que trata o Convênio ICMS 57/95. Além destas obrigações acessórias, o Decreto nº 7.886 de 29/12/00 indicou procedimentos para os contribuintes usuários do sistema eletrônico de processamento de dados de livros e documentos fiscais, como exemplo, a obrigatoriedade do envio dos arquivos magnéticos, mensalmente, à SEFAZ, conforme cronograma que estabeleceu. Estas determinações foram inseridas no RICMS/97, no seu art. 708-A.

Em relação à fiscalização da entrega destes arquivos magnéticos, o art. 708-B estabelece que o contribuinte deve fornecer ao fisco, quando exigidos, os documentos e o arquivo magnético, no prazo de 5 dias úteis, contado da data da exigência, sem prejuízo do acesso imediato às instalações, equipamentos e informações em meios magnéticos. Inclusive no seu § 2º determina que o explicitado no caput do artigo não exclui a obrigação de que trata o art. 708-A, ou vice-versa.

Além destas informações da norma vigente neste Estado, entendo ser importante se conhecer a função de alguns, somente como exemplo, tipos de arquivos, com o Convênio ICMS 57/95 no seu Manual de Orientação.

O registro tipo 54 se destina à classificação fiscal da mercadoria. Deve ser gerado um registro para cada produto ou serviço constante da nota fiscal e/ou romaneio. Também nele deve ser informados os valores do frete, seguro e outras despesas acessórias que constem do corpo da nota fiscal.

O registro tipo 60, é registro destinado 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. Ele deve ser gerado para cada equipamento e se subdivide em: Mestre (60M): Identificador do equipamento; Analítico (60A). O conjunto destes dois tipos de registros representam os dados fiscais escriturados pelo contribuinte; Identificador de cada Situação Tributária no final do dia de cada equipamento emissor de cupom fiscal; Resumo Diário (60D): Registro de mercadoria/produto ou serviço constante em documento fiscal emitido por Terminal Ponto de Venda (PDV) ou equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF); Item (60I): Item do documento fiscal emitido por Terminal Ponto de Venda (PDV) ou equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) e Resumo Mensal (60R): Registro de mercadoria/produto ou serviço processado em equipamento Emissor de Cupom Fiscal.

O registro tipo 74 é o registro de inventário do estabelecimento.

O registro tipo 75 tem por objetivo o registro do código do produto ou serviço.

Estas são, em linhas gerais, as determinações da norma tributária deste Estado. Sendo descumpridas, a Lei nº 7.014/97 estabelece diversas penalidades de cunho acessório.

Isso posto, o recorrente não enviou, mensalmente, à Secretaria da Fazenda seus arquivos magnéticos.

A fiscalização, em 09/01/2008, intimou a empresa a apresentar os seus arquivos magnéticos (fl. 09). Esta providência foi realizada conforme consta das peças processuais (fls. 55/56). No entanto, restavam faltantes nesses arquivos todos os registros, à exceção do Registro 50, relativos ao ano de 2004. Diante da situação, novamente o contribuinte foi intimado para apresentá-lo, em 26/05/2008, lhe sendo concedido prazo de 30 dias. Ele não cumpriu sua obrigação até a lavratura do auto de infração, inclusive não consta das peças processuais que o recorrente os tenha entregado em qualquer momento. Neste momento, entendendo oportuno observa de que, e para caso, lista diagnóstico não poderia nem ser fornecida, pois os Registros estavam, “zerados”. O que o autuante, acertadamente fez, foi novamente intimá-lo a fornecer os registros, esclarecendo a situação, dando-lhe prazo de trinta dias, para que fossem cumpridas as determinações insculpidas nos §§ 3º, 4º e 5º ao art. 708-B, do RICMS/BA.

Após todas estas colocações, passo a explicar o motivo da minha discordância do voto do nobre Conselheiro.

1. A entrega dos arquivos magnéticos com registros faltantes não caracteriza a ocorrência de falta de recolhimento de imposto. Aqui não se está a falar de exigência de imposto, e sim do descumprimento de uma obrigação acessória, prevista especificadamente em lei. Portanto, a afirmativa de que não ficou caracterizada a falta de recolhimento do imposto não tem pertinência para a lide.
2. De fato, não posso presumir que o recorrente tenha agido de forma dolosa, fraudulenta ou simulada em relação aos arquivos magnéticos. Este não é o caso. O que aqui se cobra é multa específica, determinada em lei. E, entendendo, quando a lei assim age, em qualquer momento indica dolo, fraude ou simulação. Apenas aplica penação por descumprimento de obrigação acessória. Se tal multa é de grande monta, ou não, a questão é de outra ordem.
3. Se o recorrente, como dito, exerce atividade mista, o que pode ter “recaído sobre receitas provenientes de atividade não sujeita a qualquer momento as provas foram trazidas aos autos.

4. Observo de que a existência, ou não, dos arquivos magnéticos, a princípio, não impede a realização de uma auditoria dos estoques da empresa, ou de qualquer outra auditoria. O que ele impede é a realização desta auditoria de maneira mais completa. Os tipos de omissões constatados inviabilizam qualquer auditoria “mais completa” a ser realizada pela fiscalização. No entanto, no presente caso, a inviabilidade desta auditoria restou provada, inclusive pela diligência levada a efeito por esta Secretaria de Fazenda. A não entrega do livro Registro de Inventário impossibilitou a aplicação desta citada auditoria o que culminou, inclusive, com a realização de uma auditoria de arbitramento, embora de maneira equivocada.
5. O contribuinte, ao longo dos anos e em qualquer momento, enviou seus arquivos magnéticos a esta Secretaria de Fazenda, conforme estava obrigado a fazê-lo.

Diante do que aqui coloquei, além da infração restar caracterizada, não vejo causa para redução da multa aplicada. Meu voto é pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário relativo a este item da autuação, devendo, portanto, ser mantida integralmente a penalidade aplicada no valor de R\$10.042,09 (infração 2).

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 por maioria, com voto de qualidade do presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206825.0027/08-9**, lavrado contra **ATON ENGENHARIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$10.042,09**, prevista no inciso XIII-A, “g”, do art. 42 da Lei nº 7014/96, com os acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05. Recomenda-se a renovação do procedimento fiscal em relação ao item julgado nulo.

VOTO VENCEDOR (Quanto ao Recurso Voluntário): Conselheiros (as): Mônica Maria Roters, Valtércio Serpa Júnior e Carlos Fábio Cabral Ferreira.

VOTO DIVERGENTE (Quanto ao Recurso Voluntário): Conselheiro: Carlos Henrique Jorge Gantois, José Antonio Marques Ribeiro e Nelson Antonio Daiha Filho.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de agosto de 2010.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

CARLOS HENRIQUE JORGE GANTOIS – RELATOR/VOTO
(Vencido quanto ao Recurso Voluntário)

MÔNICA MARIA ROTERS – VOTO VENCEDOR
(Quanto ao Recurso Voluntário)

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS