

PROCESSO - A. I. Nº 298942.0010/03-3
RECORRENTE - MAXBOM SUPERMERCADO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3º JJF nº 0264-03/04
ORIGEM - INFRAZ TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET - 03/11/2004

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0256-12/04

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Mantida a Decisão. 2. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE ENTREGA AO FISCO QUANDO INTIMADO. MULTA. Os contribuintes do ICMS autorizados ao uso de Sistema Eletrônico de Processamento de Dados para Emissão de Documentos Fiscais e/ou Escrituração de livros fiscais (SEPD) deverão entregar, ao Fisco, quando intimados, os arquivos magnéticos com registro fiscal (por item de mercadoria) dos documentos emitidos por qualquer meio, contendo a totalidade das operações de entradas, de saída e das prestações efetuadas. Efetuada a adequação da multa à nova redação do art. 42, XIII-A, "g", da Lei nº 7.014/96. 3. BASE DE CÁLCULO. DIFERENÇA APURADA NO COTEJO ENTRE A RECEITA DE VENDAS DE MERCADORIAS DECLARADA NOS LIVROS FISCAIS E NAS DEMONSTRAÇÕES CONTÁBEIS. EXIGÊNCIA DE IMPOSTO. Restou demonstrado que o contribuinte deixou de oferecer, à tributação, receitas de vendas de mercadorias, em decorrência do confronto entre o escriturado nos livros fiscais e os arquivos constantes em *Hard Disk* apreendido por ordem judicial. Mantida a Decisão. Rejeitadas as preliminares de nulidade e a solicitação de diligência. Recurso PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra a Decisão que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 29/09/03, para exigir ICMS, no valor de R\$601.277,86, e multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$146.443,85, em decorrência das seguintes irregularidades:

Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Foi aplicada multa no valor de R\$ 22.775,43.

Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS devido por antecipação tributária, no valor de R\$581,10, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos Anexos 69 e 88.

Deixou de fornecer arquivos magnéticos com informações das operações ou prestações realizadas, ou entregou os referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitaram sua leitura. Foi aplicada multa no valor de R\$123.668,42.

Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada mediante o cotejo entre os valores escriturados no livro Registro de Saídas e os informados no relatório “Razão Analítico”, decorrente de uso irregular de Equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF). Foi exigido imposto no valor de R\$600.696,76.

O autuado apresentou defesa e, preliminarmente, suscitou a nulidade do Auto de Infração alegando que os documentos e equipamentos que foram apreendidos pelo Fisco mediante ordem judicial não lhes foram entregues ao final da autuação.

Diz que o lançamento é nulo, pois falta uma descrição “cumprida” dos valores encontrados no hard disk (HD) e seu confronto com os valores consignados na escrita fiscal. Alega que os dados registrados em meio magnético não guardam idoneidade como meio de prova.

Assevera que a Medida Cautelar nº 296/03 foi ajuizada na Comarca de Eunápolis e era destinada à arrecadação de livros e documentos da empresa Rondelli & Rondelli Ltda. Afirma que a exigência fiscal não pode estar respaldada em documentos apreendidos em empresa distinta.

Também em preliminar, alega que a desclassificação da sua escrita foi ilegal e abusiva. Diz que foi efetuada uma espécie de arbitramento, sem qualquer motivo que respaldasse a atuação.

Adentrando no mérito, argumenta que o autuante, em relação à infração 1, não informa a origem dos documentos ditos não registrados e, desse modo, não há como saber se oriundos do sistema CFAMT ou da apreensão realizada na empresa Rondelli & Rondelli, o que dificulta o exercício da ampla defesa. Afirma que mesmo constatada a existência de notas fiscais, oriundas ou não do CFAMT, sem o devido registro na escrita fiscal, poderá não se constituir em um ilícito tributário. Frisa que cabe ao autuante comprovar a efetiva entrada das mercadorias, e não presumi-las. Aduz que seria necessário um levantamento de estoques para comprovar a infração.

Relativamente à infração 3, diz que entregou ao fisco os livros e documentos fiscais, que possuíam as mesmas informações registradas nos arquivos magnéticos não entregues. Ressalta que a obrigatoriedade de entregar os arquivos magnéticos contendo itens de mercadoria somente passou a existir após a alteração do RICMS ocorrida em 22/11/02. Sustenta que o princípio da legalidade não foi respeitado pelo autuante.

No que tange à infração 4, frisa que, no HD apreendido, estão registradas receitas variadas e ingressos de outras empresas que têm sócios comuns. Afirma que a tributação pela diferença entre os valores registrados no HD e aquelas lançadas na escrita fiscal, não pode subsistir, já que nem toda a diferença encontrada seria decorrente de venda de produtos tributados. Diz que, como opera no ramo de supermercados, mais de 50% dos produtos comercializados são isentos e tributados pelo regime de substituição tributária. Aduz que os créditos fiscais não foram deduzidos. Menciona que qualquer levantamento ou arbitramento de receitas tributáveis omitidas só tem valia quando acompanhado de levantamento físico de estoques.

Ao finalizar, requer que seja realizada revisão fiscal, a fim de que auditor estranho ao feito possa reexaminar o trabalho e concluir pela improcedência da autuação.

Na informação fiscal, o autuante diz que os documentos apreendidos foram devolvidos em data anterior à apresentação do Auto de Infração. Explica que os equipamentos apreendidos foram encaminhados posteriormente ao contribuinte, devido à perícia técnica realizada, todavia, o autuado se recusou a recebê-los, conforme documentos acostados às fls. 2130 e 2131.

Quanto à infração 1, alega que o autuado não apresentou a prova de que não adquiriu as mercadorias, e os documentos fiscais comprovam a realização das operações.

Relativamente à infração 3, afirma que as intimações para apresentação dos arquivos magnéticos, com a legislação e a penalidade vigentes, encontram-se acostadas às fls. 9, 10 e 12.

No que concerne à infração 4, diz que constam nos autos cópias ou originais dos seguintes documentos apreendidos: relatório razão analítico, resumo geral da loja, fechamento diário dos Caixas, cupons extra-fiscais, receitas de vendas – razão analítico. Explica que os quatro primeiros documentos apreendidos refletem as vendas efetuadas nos ECFs. Nega que tenha realizado arbitramento e diz que a realização de levantamento de estoque é desnecessária em face do real movimento contido nos documentos apreendidos. Mantém a autuação.

O processo administrativo fiscal foi convertido em diligência, para que a Inspetoria de origem reabrisse o prazo de defesa e fornecesse, ao contribuinte, as fotocópias necessárias ao exercício de seu direito de defesa.

Após o atendimento da diligência, o sujeito passivo apresentou nova defesa, onde, inicialmente, reitera todos os argumentos contidos na defesa inicial. Em seguida, explica que se recusou a receber os equipamentos, porque os mesmos estavam sem lacre e sem cópia dos laudos técnicos da perícia realizada. Diz que o autuante admitiu que a autuação tem por base documentos apreendidos em empresa distinta, assim, deveria ter fornecido cópia ao autuado, da documentação, como estabelece o art. 46 do RPAF/99, o que evidencia a nulidade da autuação.

No mérito, reafirma que o confronto de dados constantes do HD com a escrita fiscal e contábil decorre de mera suposição, como declara o auditor à fl. 3 dos autos. Frisa que a emissão de cupons sem registro nos ECFs só poderia ser provada através de laudo técnico. Diz que nos laudos técnicos consta: “*Os laudos técnicos elaborados por profissionais habilitados, que analisaram exaustivamente e sob todos os ângulos os equipamentos da empresa, provam a inexistência de irregularidades nos ECFs apreendidos pelo Fisco, sob a acusação de que a emissão de cupons fiscais não eram registradas na memória fiscal do equipamento.*”

Assevera que a falta dos arquivos magnéticos não justifica a não realização do levantamento de estoques, posto que o autuante tinha todas as notas fiscais de compras, de vendas, além dos inventários inicial e final de cada exercício.

Instado a se pronunciar nos autos, o autuante diz que a autuação não necessitou de laudo técnico nos equipamentos, pois a sonegação empregada utilizou provavelmente um programa auxiliar no qual não registrava os valores de suas vendas na memória fiscal. Mantém a autuação.

A 3ª Junta de Julgamento Fiscal, por meio do Acórdão JJF nº 0246-03/04, julgou o Auto de Infração em lide Procedente.

As preliminares de nulidade foram afastadas pela 3ª JJF. A relatora diz que, mediante diligência, foram entregues ao sujeito passivo os documentos necessários ao exercício do direito de defesa, tendo sido reaberto o prazo de defesa em trinta dias. Explica que foi na loja Rondelli & Rondelli, localizada na cidade de Eunápolis, que se centralizava o controle administrativo-financeiro de todos os estabelecimentos do Grupo Rondelli, e que os sócios eram os mesmos (com pequenas variações de loja para loja). Aduz que a autuação não se baseou em nenhum laudo técnico, e sim, em documentos auxiliares e extrafiscais apreendidos. Assevera que foi feita uma cópia do HD apreendido no estabelecimento da empresa Rondelli & Rondelli Ltda., na presença do seu representante, permanecendo o HD original na posse da referida empresa. Em seguida, a relatora conclui afirmando que:

[...]

Portanto, em consonância com o § 2º do artigo 18 do RPAF/99 que determina que “não será declarada a nulidade sem prejuízo ou em favor de quem lhe houver dado causa ou se o ato praticado de forma diversa houver atingido a sua finalidade” concluo que não há razão para a declaração de nulidade da autuação.

Quanto à solicitação de diligência, a relatora da 3ª JJF, assim se pronunciou:

Inicialmente, cabe pronunciar-me sobre a admissibilidade do presente processo administrativo fiscal, ao tempo em que nego o pedido de diligencia formulado pelo autuado, haja vista que se encontram nos autos, todos os elementos necessários à formação de minha convicção como julgadora, a teor do que dispõe o art. 147, inciso I do RPAF/99.

Adentrando no mérito da lide, a 3^a JJF, por unanimidade, julgou o Auto de Infração procedente.

Relativamente à infração 1, a relatora assim fundamentou o seu voto:

[...]

Portanto, como o contribuinte não trouxe a prova efetiva de que não praticou a irregularidade que lhe é apontada, entendo que a multa aplicada deve ser mantida, pois conforme a previsão do art. 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96.

Quanto à infração 3, a relatora invocou decisões deste CONSEF, transcrevendo votos proferidos em situações que versaram sobre a mesma matéria e, em seguida, concluiu o seu voto da seguinte forma:

[...]

Deste modo corroboro com o entendimento acima, pois como o contribuinte não atentou para o disposto na legislação, considero legítima a aplicação da penalidade indicada no presente Auto de Infração, sendo que a base de cálculo, como foi apurada, deve englobar todas as operações de entradas e de saídas, no período considerado e não apenas as saídas tributáveis.

No que tange à infração 4, a relatora assim pronunciou o seu voto:

[...]

Verifica-se que a omissão de receita detectada está comprovada pela farta documentação juntada ao PAF, como pode ser verificado: a) nos Demonstrativos dos Razões Auxiliares elaborados com base nos dados extraídos da imagem do Hard Disk apreendido pela Justiça, e confirmados pelos dados constantes nos Razões Analíticos impressos (fls. 40 e seguintes), cópias dos Mapas Resumo de Equipamento de Controle Fiscal, cópias dos livros Registros de Saídas, cópias das leituras X apreendidas sem registro e leitura de memória Final dos ECF's. A autuação não necessitou de laudo técnico nos equipamentos, pois a sonegação empregada utilizou provavelmente um programa auxiliar no qual não registrava os valores de suas vendas na memória fiscal, portanto, o problema foi verificado fora do equipamento, tanto que o Auto de Infração lavrado não baseou-se em nenhum laudo técnico, e sim, em documentos auxiliares e extra-fiscais, apreendidos e compatíveis com o registrado no HD do contribuinte.

Compara-se às fls. 31 a 39, onde fora feito o resumo dos equipamentos fraudados e os respectivos valores não registrados na memória fiscal do equipamento, possuindo, no entanto, fita-detalhe extrafiscal e relatórios de vendas conforme fls. 902 a 916, 1137 a 2100.

[...]

Coaduno com a posição do preposto fiscal, pois o autuado não apontou especificamente, nem apresentou as provas de que foram considerados, no levantamento fiscal, empréstimos ou financiamentos, receitas oriundas de vendas de bens imóveis, veículos ou outros bens ou receitas oriundas de locação de imóveis ou pagamentos de vales tomados por funcionários, como mencionado na peça defensiva.

Ademais, como o sujeito passivo não trouxe aos autos, como seria de seu dever, as provas do montante de saídas de mercadorias isentas, ou com tributação antecipada, no período fiscalizado, não há como efetuar a sua dedução.

Também não há como acatar a alegação do impugnante, de que deveriam ter sido deduzidos os créditos fiscais, uma vez que se está exigindo o ICMS devido em razão de saídas de

mercadorias que não foram oferecidas à tributação, e os créditos fiscais já foram devidamente aproveitados quando as notas fiscais de entradas de mercadorias foram escrituradas nos livros fiscais do contribuinte.

[...]

Portanto, concluo que, como o contribuinte não procedeu à juntada dos documentos fiscais, por ocasião de sua defesa, não há como não aplicar a alíquota de 17% para as saídas cujo imposto de circulação de mercadorias não foi oferecido à tributação, sendo legítima a exigência fiscal.

Inconformado com a Decisão proferida pela 3^a JJF, o recorrente interpôs Recurso Voluntário (fls. 2221 a 2235) e, inicialmente, reiterou o pedido de diligência. Frisa que a relatora tinha conhecimento da perícia realizada em 14/04/03, antes da autuação. Salienta que o Laudo Pericial é o elemento definidor da existência ou não do ilícito tributário, e a sua ausência direcionou o entendimento da relatora para manter a autuação. Às fls. 2236 a 2248, anexou cópia da Solicitação de Perícia e do Laudo Pericial.

Alega que várias folhas do processo não têm numeração e, além disso, foram juntados documentos entre elas. Afirma que esse fato acarreta a nulidade do Auto de Infração.

Relativamente à infração 1, diz que a existência de notas fiscais não registradas na escrita fiscal é indício da existência de omissão de operações comerciais, contudo, tal fato não gera a obrigação de pagar tributo. Salienta que a autuação também exige ICMS em razão de suposta omissão de saída, portanto, a multa decorrente do descumprimento da obrigação acessória fica absorvida pelo pena referente à obrigação principal.

Quanto à infração 3, alega que a Lei nº 7.014/96, no § 5º do art. 42, prevê que a multa pelo descumprimento de obrigação acessória será absorvida pela multa para o descumprimento da obrigação principal, quando o descumprimento desta seja consequência do descumprimento daquela. Destaca que a multa por descumprimento da obrigação acessória incidente sobre as entradas e as saídas é referente ao período de 10/00 a 03/03 (fl. 16), enquanto a multa por descumprimento da obrigação principal decorrente da omissão de saída é pertinente ao período de 01/01 a 03/03 (fls. 3 e 4). Salienta que a falta de entrega dos arquivos magnéticos agravou a infração, pois foi aplicada a alíquota de 17% sobre as operações tidas como omitidas, quando os produtos comercializados pela empresa eram em grande parte isentos e não tributados. Transcreve decisões deste CONSEF para embasar suas alegações.

No que tange à infração 4, alega que o autuante afirma que houve utilização irregular de ECF, uma vez que foram emitidos cupons fiscais e as saídas não foram registradas na memória fiscal do equipamento. Em seguida, o recorrente ressalta que o Laudo Pericial acostado ao processo comprova a inexistência de irregularidade nos ECFs apreendidos e a utilização de software original aprovado pelo COTEPE.

Afirma que a aplicação da alíquota de 17% sobre as operações tidas como omitidas é indevida, pois havia muitas mercadorias isentas ou com fase de tributação encerrada. Assevera que, das saídas totais comercializadas, os produtos tributados representaram os seguintes percentuais: 44,48%, no exercício de 2001; 49,43%, no exercício de 2002; 46,63%, no período de janeiro a março de 2003. Diz que o autuante poderia determinar quais as mercadorias que estavam no campo de incidência do ICMS, pois ele estava de posse das fitas-detalhe consideradas extrafiscais, bem como os documentos fiscais emitidos pelo recorrente e as fitas-detalhe escrituradas. Ressalta que se o autuante não dispusesse de documentos que permitissem separar as mercadorias, ele deveria deduzir do montante apurado o percentual relativo às mercadorias isentas, não tributadas e tributadas por antecipação. Às fls. 2243 a 2248, anexou ao processo um demonstrativo intitulado “Proporcionalidade Mercadorias Tributadas/Não Tributadas”.

Após reafirmar que não confessa débito algum, alega que a multa aplicada, no percentual de 100% do valor do imposto, está equivocada. Diz que a multa prevista para a infração que lhe foi imputada é de 70% do valor do imposto e está capitulada no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96.

Ao finalizar, solicita que seja reformada a Decisão recorrida e que o Auto de Infração seja julgado Improcedente.

A PGE/PROFIS, no Parecer de fls. 2251 e 2252, referindo-se às infrações 1 e 2, diz que o recorrente apenas nega o cometimento das irregularidades, não trazendo aos autos qualquer elemento para afastar a caracterização das infrações.

Relativamente à infração 3, afirma que a irregularidade apurada é independente da que exige ICMS no mesmo período, não devendo, pois, ser procedida a absorção solicitada pelo recorrente. Aduz que a infração está caracterizada, porém, como a base de cálculo da multa foi alterada pela Lei nº 9.159/04, o valor exigido deve ser reduzido para se adequar à mudança ocorrida na lei, nos termos do Código Tributário Nacional.

No que tange à infração 4, diz que laudos comprobatórios da idoneidade de ECF não interessam à presente lide, pois a falta de recolhimento do imposto não foi decorrente de fraude no lacre, memória, etc, desse equipamento. Referindo-se à alíquota de 17% utilizada no lançamento, afirma que o recorrente não trouxe ao processo provas no sentido de separar as mercadorias comercializadas. Diz que a multa de 100% está correta, pois restou comprovada a fraude fiscal.

Ao finalizar, opina pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário.

VOTO

Analisando as preliminares de nulidade suscitadas, constato que o recorrente recebeu, mediante diligência, cópia de todos os documentos necessários ao exercício do seu direito de defesa, tendo sido reaberto em trinta dias o prazo para impugnação do lançamento. Os equipamentos apreendidos foram devolvidos, porém o recorrente se recusou a recebê-los, alegando que estavam sem lacres e que caberia ao Poder Judiciário efetuar a devolução.

No processo, há descrições dos valores encontrados no HD apreendido (“Razões Analíticos”) suficientes para embasar as acusações que foram feitas ao recorrente, sendo os dados registrados em arquivos magnéticos elementos probantes idôneos.

Apesar de a Medida Cautelar nº 296/03 ser destinada à arrecadação de livros e documentos da Rondelli & Rondelli, os dados obtidos nessa empresa podem ser utilizados contra o recorrente, pois se tratam de empresas do mesmo grupo e que possuem praticamente os mesmos sócios.

Não houve arbitramento da base de cálculo do imposto no presente lançamento. A exigência fiscal foi decorrente do confronto dos valores informados no livro Registro de Saídas com os informados no relatório “Razão Analítico”.

Quanto ao equívoco na numeração das folhas do processo, esse fato não é razão para a nulidade do Auto de Infração.

Em face do acima comentado, afasto as preliminares suscitadas, pois, no presente Auto de Infração, não há nenhum vício capaz de o inquinar de nulidade.

Quanto ao pedido de diligência, o qual também já foi indeferido pela Junta de Julgamento, entendo que o mesmo não deve ser acatado, pois os elementos existentes nos autos são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores (art. 147, I, “a”, do RPAF/99). O Laudo Pericial citado pelo recorrente não tem importância para o deslinde das questões, pois o recorrente não está sendo acusado de ter violado os ECFs ou de ter utilizado software inadequado.

Adentrando no mérito da lide, constato, acerca da infração 1, que o demonstrativo de fl. 14 relaciona o número, valor e a data de emissão de todas as notas fiscais que não foram registradas

na escrita fiscal do recorrente, portanto, não houve nenhum cerceamento de defesa. Além disso, as vias das notas fiscais arroladas no citado demonstrativo foram acostadas aos autos a partir da fl. 920, tendo sido entregue cópia das mesmas ao recorrente.

Examinando essas notas fiscais acostadas ao processo, observo que elas são destinadas ao recorrente e, portanto, são provas materiais das aquisições efetuadas. Ao deixar de escrutar essas notas fiscais referentes a aquisições de mercadorias tributadas, o recorrente ficou sujeito à multa de 10% do valor comercial das mercadorias, conforme o art. 42, inc. IX, da Lei nº 7.014/96. Considerando que o recorrente não comprovou a escrituração dos documentos fiscais e que não efetuou as aquisições, a infração está caracterizada, devendo ser mantida a Decisão da 3ª JJF.

Relativamente à infração 2, o recorrente não se pronunciou, o que é um reconhecimento, tácito, da infração que lhe foi imputada.

No que tange à infração 3, verifico que, apesar de questionar a redação utilizada no lançamento, o recorrente entendeu a acusação que lhe foi feita e se defendeu abordando os diversos aspectos da infração. As intimações de fls. 9, 10 e 12 comprovam que o recorrente foi intimado a apresentar ao fisco arquivos magnéticos, todavia os arquivos solicitados não foram apresentados. Por seu turno, o recorrente não nega que tenha deixado de cumprir essa sua obrigação acessória.

A alegação de que entregou ao fisco os livros e documentos que continham as mesmas informações registradas nos arquivos magnéticos não elide a acusação, pois o recorrente tem a obrigação legal de apresentar os arquivos magnéticos quando solicitado e, além disso, os livros e documentos fiscais não substituem os referidos arquivos.

Não deve ser acatada a alegação recursal de que a multa prevista pela inobservância da obrigação acessória seja absorvida pela pena decorrente do descumprimento da obrigação principal, pois, no caso em tela, o descumprimento da obrigação principal não é uma consequência direta do descumprimento da obrigação acessória, como exige o § 5º do art. 42 da Lei nº 7014/96.

Na época da ocorrência dos fatos geradores, o art. 42, inc. XIII-A, al. “g”, da Lei nº 7014/96, já previa a aplicação da multa de 1% (um por cento) do valor das operações de entradas e saídas de mercadorias, bem como das prestações de serviços tomadas e realizadas, ocorridas em cada período, pelo não fornecimento, nos prazos regulamentares, de arquivos magnéticos com as informações das operações realizadas. Todavia, com o advento da Lei nº 9.159, de 09/07/04, publicada no Diário Oficial do Estado de 10 e 11 de julho de 2004, a multa prevista na alínea “g” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7014/96 passou a ser de 1% (um por cento) do valor das saídas do estabelecimento em cada período de apuração.

Considerando que a nova redação da alínea “g” do inc. XIII-A do art. 42 da Lei nº 7014/96 prevê uma multa menos severa que a vigente à época da ocorrência do fato gerador, com base no disposto no art. 106, inc. II, al. “c”, do Código Tributário Nacional, deve ser aplicada retroativamente a multa prevista na nova redação do citado dispositivo legal. Dessa forma, a multa a ser aplicada ao recorrente é a seguinte:

Valor das operações de saídas (conforme o demonstrativo de fl. 16): R\$ 6.478.360,61
(x) Percentual de multa (art. 42, XIII-A, “g”, da Lei nº 7.014/96): 1% (um por cento)
(=) Valor retificado da multa: R\$ 64.783,60

Em face do comentado acima, considero que a infração está caracterizada, porém a multa indicada na autuação fica reduzida para R\$ 64.783,60, conforme demonstrado acima.

Quanto à infração 4, constato que a infração foi apurada mediante o confronto entre os valores informados no livro Registro de Saídas e os informados no relatório “Razão Analítico”. Essa irregularidade foi decorrente do fato de que os valores registrados nos ECFs eram inferiores às saídas reais efetuadas pelo recorrente no mesmo período. Dessa forma, considero que o Laudo

Pericial apresentado pelo recorrente não elide a acusação, pois o imposto que está sendo exigido não foi decorrente de violação dos ECFs e nem de utilização de software inadequado.

Relativamente às saídas isentas, não tributadas e tributadas por antecipação, o argumento recursal não pode ser aceito, uma vez que o recorrente não comprovou a sua alegação. Os demonstrativos anexados no Recurso Voluntário (fls. 2243 a 2248) são referentes às operações que foram registradas, porém não comprova que as saídas omitidas foram isentas, não tributadas ou tributadas por antecipação.

Saliento que não há nenhuma necessidade da realização de levantamento quantitativo de estoque para caracterizar a infração que está sendo imputada ao recorrente. Os documentos apreendidos e acostados ao processo comprovam a omissão de saída de mercadorias tributáveis.

No que tange à multa aplica, no percentual de 100%, a mesma está correta é não merece reparo, pois é a prevista no art. 42, inc. IV, al. "j", da Lei nº 7014/96, para a irregularidade apurada, uma vez que está comprovada a fraude fiscal. Não se pode aplicar a multa prevista no inciso III do citado artigo, porque a irregularidade não foi apurada mediante levantamento fiscal e nem se enquadra nos demais casos previstos no referido inciso.

Considero, portanto, que a infração em tela está devidamente caracterizada, não merecendo a Decisão da 3ª JJF qualquer reparo.

Em face do comentado acima, considero que a Decisão recorrida está correta em relação às infrações 1, 2 e 4, as quais estão devidamente caracterizadas. Já quanto à infração 3, a mesma merece ser retificada, reduzindo-se o valor da multa com base no princípio da retroatividade benigna, consoante prevê o art. 106, II, "c" do CTN.

Pelo acima exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida no tocante a infração 3, na forma acima indicada.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298942.0010/03-3, lavrado contra **MAXBOM SUPERMERCADO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$601.277,86**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$581,10, prevista no art. 42, II, "d", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, e R\$600.696,76, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, "j", da Lei nº 7.014/96, dos acréscimos legais, além das multas no valor total de **R\$87.559,03**, com os devidos acréscimos legais, previstas no art. 42, IX, XIII-A, "g", da citada lei, com a redação dada pela Lei nº 9.159/04.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de setembro de 2004.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS