

PROCESSO - A. I. Nº 232171.0001/11-0
RECORRENTE - FRANÇA CARDOSO COMERCIAL DE ALIMENTOS E PANIFICAÇÃO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0025-04/12
ORIGEM - INFAS ATACADO
INTERNET - 08.01.2013

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0122-13/12

EMENTA: ICMS. 1. SIMPLES NACIONAL. ERRO NA DETERMINAÇÃO DAS RECEITAS MENSAIS E DAS ALÍQUOTAS APLICÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. A base de cálculo do lançamento (resultante da soma entre as vendas designadas nos documentos fiscais e as diferenças encontradas na auditoria de cartões) foi submetida às alíquotas constantes do Anexo I da Lei Complementar 123/06. Infração caracterizada. 2. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. VENDAS DE MERCADORIAS COM PAGAMENTOS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS COM OS VALORES INFORMADOS PELAS ADMINISTRADORAS DOS CARTÕES. LEVANTAMENTO DA DIFERENÇA. OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. A declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores aos das informações prestadas por instituições financeiras e administradoras de cartões autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto. Infração caracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Indeferido o pleito de revisão fiscal. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra julgamento, em Primeira Instância, do Auto de Infração nº 232171.0001/11-0, lavrado em 31/03/2011 para exigir ICMS no valor histórico total de R\$60.758,75, acrescido das multas de 75% e de 150%, em razão de duas irregularidades:

INFRAÇÃO 1. Falta de recolhimento de valores referentes ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, devido a erro na informação da receita, e/ou alíquota aplicada a menor. Período de julho de 2007 a dezembro de 2008. ICMS lançado de R\$51.936,30, acrescido da multa de 75% prevista no art. 35 da LC 123/2006 c/c art. 44, I, da Lei Federal 9.430/96, com redação dada pela Lei 11.488/07.

Consta, no campo “Descrição dos fatos” do Auto de Infração (fl. 01) que foram detectadas divergências na segregação de receitas declarada no Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional – PGDAS, e geradas nos Extratos do Simples Nacional, no que tange à receita oriunda de operações submetidas ao regime de substituição tributária, nas quais o contribuinte incluiu a receita de vendas de mercadorias isentas e, conforme previsto no artigos 12 e 13 da LC 123/06, artigos 18 e seus §§, e artigo 24, é vedada a utilização de qualquer valor a título de incentivo fiscal, estando nisto incluído o benefício da isenção.

INFRAÇÃO 2. Omissão de saídas de mercadorias tributadas, apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartões, em valor inferior ao informado por instituição financeira e /

ou administradora. Período de julho de 2007 a dezembro de 2008. ICMS lançado de R\$8.822,45, acrescido da multa de 150% prevista no art. 35 da LC 123/2006 c/c art. 44, I, §1º da Lei Federal 9.430/96, com redação dada pela Lei 11.488/07.

Consta, no campo “Descrição dos fatos” do Auto de Infração (fl. 01), que o levantamento fiscal foi efetuado com base na documentação apresentada pelo sujeito passivo; nas informações dos extratos e das Declarações Anuais do Simples Nacional – DASN; no sistema informatizado Informações do Contribuinte – INC/SEFAZ e nos Relatórios de Transferência Eletrônica de Fundos – TEF, fornecidos a esta SEFAZ pelas administradoras de cartões. Consta, também, que a proporcionalidade foi calculada conforme demonstrativos anexados ao Auto de Infração.

O Fisco acosta, às fls. 07 a 972 (volumes I a III), documentos que consistem, dentre outros, em: Índice; Termos de Intimação e de Arrecadação (fls. 09 e 10); espelhos de dados cadastrais do contribuinte; demonstrativos sintéticos do levantamento fiscal (fls. 27 e 32); demonstrativos analíticos do levantamento fiscal, nestes também indicados dados do cálculo da proporcionalidade (fls. 24 a 26, e fls. 28 a 31); cópias de DASN; Extratos do Simples Nacional; demonstrativo com dados das notas fiscais emitidas pelo contribuinte (fls. 86 a 91); levantamento dos dados das leituras Reduções Z por equipamento Emissor de Cupom Fiscal – ECF (fls. 92 a 99); levantamento das receitas oriundas das operações submetidas à substituição tributária levantadas nas leituras Reduções Z (fls. 100 a 109); mídia CD com planilhas do levantamento fiscal realizado e dados dos Relatórios diários por operações de pagamento por meio de cartões de débito e de crédito, com Transferência Eletrônica de Fundos – TEF (fl. 110); cópias de leituras Reduções Z (fls. 111 a 972).

À fl. 11 comprovante de entrega ao sujeito passivo, na data de científicação da lavratura do Auto de Infração, 04/04/2011, de cópia dos demonstrativos fiscais, Relatórios TEF, documentos arrecadados, e do Auto de Infração.

O autuado impugnou o lançamento de ofício às fls. 979 a 984. A autuante prestou informação fiscal às fls. 988 e 989 contestando as alegações defensivas e mantendo as imputações, dentre outros pontos destacando que a alegação de ausência de demonstrativos relativos à proporcionalidade não procede, pois os mesmos estão acostados às fls. 92 a 109, com cópias das Reduções Z às fls. 111 a 972.

O julgamento unânime em primeira instância manteve integralmente o Auto de Infração, conforme Acórdão nº 0025-04/12, às fls. 993 a 996. Em seu voto assim se expressa o digno Relator:

VOTO

Não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois a autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, descreveu os ilícitos tributários, fundamentando com a indicação dos documentos e demonstrativos, bem como de seus dados e cálculos (que contemplam inclusive os índices de proporcionalidade, consoante, por exemplo, a coluna “PROP ST (M)” de fl. 30), assim como indicou o embasamento jurídico.

Igualmente, não foi identificada violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer outros de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizada nos aspectos abordados na impugnação.

A autoridade fiscal responsável pela lavratura do Auto de Infração possui competência para fazê-lo, outorgada pela Lei 11.470, de 08 de abril de 2009. Este Conselho possui reiteradas decisões, de primeira e segunda instâncias, apontando no sentido de que os fatos anteriores à publicação da Lei estão sujeitos à fiscalização por servidores pertencentes ao quadro de agentes de tributos do fisco da Bahia.

A auditoria foi efetuada através da análise das reduções Z, que são da lavra do próprio sujeito passivo, das Declarações Anuais e Extratos do Simples Nacional, dos dados constantes dos sistemas de informática da Secretaria da Fazenda e das informações das administradoras de cartões, que encontram respaldo no art. 4º, § 4º, VI da Lei nº 7.014/96.

(...)

§ 4º Salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar:

(...)

VI - valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte inferiores aos informados por:

- a) instituições financeiras;
- b) administradoras de cartões de crédito ou débito;
- (...)

Quanto aos demonstrativos analíticos de proporcionalidade, requeridos pelo impugnante, vejo que estão acostados às fls. 92 a 109, com cópias das reduções Z às fls. 111 a 972, de acordo com o que aduziu a autuante em sua informação fiscal.

Ao contrário do que argumentou o autuado, verifico que, "v.g.", nos documentos cujas cópias estão à fl. 262 restam designados os montantes de R\$ 515,76 e R\$ 733,20, a título de "SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA ICMS", e R\$ 581,84 e R\$ 1.097,99, como "ISENTO ICMS" (dias 03 e 04/10/2007, levantamentos de fls. 93 e 101).

Desse modo, fica rejeitada a preliminar de nulidade suscitada.

Em se tratando de infrações decorrentes de descumprimento de obrigações tributárias principais, esta Junta não possui atribuição legal para decidir sobre cancelamento ou redução de multas (arts. 158/159, RPAF/99), tampouco sobre aspectos constitucionais (art. 167, I, RPAF/99).

Os autos encontram-se devidamente instruídos. Não existem omissões, obscuridades ou contradições que ensejam a necessidade de diligência, perícia ou revisão fiscal, pelo que indefiro o seu pedido.

No mérito, o defendente cingiu-se a afirmar que não foi apresentado demonstrativo analítico das operações sujeitas ao regime de substituição. Não lhe assiste razão, uma vez que as planilhas correlatas estão acostadas às fls. 92 a 109, com cópias das reduções Z às fls. 111 a 972, conforme dito linhas acima, com todas as informações necessárias para a compreensão da natureza e do montante do tributo lançado.

Ao compulsar os levantamentos fiscais, observo que foi destacada a relação de proporcionalidade entre as receitas com substituição tributária e aquelas sem substituição tributária (coluna "PROP ST(M)" de fl. 30).

Com efeito, a base de tributação (resultante da soma entre as vendas designadas nos documentos fiscais e as diferenças encontradas na auditoria de cartões) foi submetida às alíquotas constantes do Anexo I da Lei Complementar 123/06.

Uma vez apurado o tributo devido, o mesmo foi confrontado com aquele declarado nos Extratos do Simples Nacional, de forma que, com relação ao período fiscalizado, o contribuinte acumulou diferenças de ICMS a recolher, nos termos das planilhas de fls. 26 e 31. Tais diferenças, determinadas mensalmente, foram desmembradas por infração, como demonstram os relatórios de fls. 27 e 32 (colunas "ICMS CARTÃO (150%)" (infração 02) e "OMISSÃO DE RECOLHIMENTO / RECOLHIMENTO A MENOR (75%)" (infração 01)).

O mencionado equívoco na aplicação de alíquotas decorre do uso de percentuais menores do que aqueles especificados no Anexo I da LC 123/2006.

De acordo com o art. 18 desta Lei Complementar, a apuração é feita com base na receita auferida mensalmente, incidindo sobre a mesma os percentuais do Anexo I. Foram devidamente abatidos os valores recolhidos, consoante planilhas de fls. 26 e 31, e utilizados os percentuais referentes à parcela do ICMS no conjunto dos tributos que compõem o Simples Nacional.

A segunda infração decorre da presunção encartada no art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, acima transcrita. A única forma de elidi-la seria apresentar documentos fiscais que guardassem correspondência de valores e datas com os registros constantes do Relatório Diário de Operações TEF, entregue ao autuado (fl. 11).

A declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores aos das informações prestadas por instituições financeiras e administradoras de cartões autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto.

Infrações caracterizadas.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado com a decisão proferida, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário às fls. 1006 e 1007, que inicia afirmando ratificar a impugnação inicial e, em seguida, repetindo a alegação de preliminar de "incompetência formal do sujeito ativo", dizendo que este "sujeito ativo" só poderia constituir o crédito tributário mediante o lançamento de ofício a partir de 08/04/2009, com o advento da Lei nº 11.470/2009, e que "o alcance de suas prerrogativas de constituir o crédito tributário mediante o lançamento ex-ofício" não poderia ser estendido para períodos pretéritos.

O contribuinte volta a dizer que também haveria preliminar de nulidade por cerceamento de direito de defesa e prejuízo ao “*processo legal*”, porque não constaria a ciência dele, autuado, “*em todos os demonstrativos acostados pelo Autuante*”.

Em seguida o recorrente novamente diz que, no mérito, ratifica sua defesa inicial e reitera o pedido de revisão fiscal “*a fim de que não parem dúvidas quanto ao levantamento apresentado*”.

A PGE/PROFIS, por intermédio da digna Procuradora Maria Dulce Baleeiro Costa, emite Parecer à fl. 1013 aduzindo que o contribuinte alegou, em síntese, a nulidade da autuação por incompetência formal do sujeito ativo, por entender que Agentes de Tributos Estaduais não poderiam exigir os valores do imposto relativo ao Simples Nacional, no período dos fatos geradores. Que, no mérito, o contribuinte entende que os autos deveriam seguir em diligência para verificação.

Em seguida a Procuradora afirma que, tal como já dito pela douta JJJ, a Lei nº 11.470/09 outorgou competência, a partir de 01/07/2009, para que os agentes de Tributos estaduais constituam créditos tributários decorrentes de fiscalização de empresas optantes pelo sistema Simples Nacional, e que tal outorga não significa que apenas poderiam ser lavrados Auto de Infração relativos a fatos geradores posteriores.

Pontua que o contribuinte não trouxe argumentos fáticos novos, nem argumentos jurídicos capazes de provocarem a revisão do Acórdão recorrido.

Conclui opinando pelo improviso do Recurso Voluntário interposto.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância no que tange às infrações imputadas.

Preliminarmente, quanto ao pedido de declaração de nulidade do presente lançamento de ofício verifico que, tal como já devidamente apreciado no julgamento de primeira instância, estão presentes os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos tributários reclamados, não estando, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, incursos nas hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/99.

Ademais ficou evidenciado, tanto da impugnação ao lançamento de ofício, quanto do teor do Recurso Voluntário, que o contribuinte entendeu as imputações, tendo, conforme comprova o documento de fl. 11 dos autos este processo, recebido todos os demonstrativos atinentes às mesmas, e exercido tempestivamente seu direito de defesa tendo, inclusive, se pronunciado quanto ao mérito neste processo. Não procedem as alegações recursais em contrário.

Ainda preliminarmente, no Recurso Voluntário, o contribuinte fala em ilegitimidade ativa ao dizer que teria havido “*incompetência formal do sujeito ativo*”, aduzindo ainda que “*o alcance de suas prerrogativas de constituir o crédito tributário mediante o lançamento ex-ofício só foi alcançado a partir de 08/04/2009, com o advento da Lei 11.470/2009*”.

Mas o sujeito ativo da relação tributária cujo cumprimento de obrigações respectivas, pelo sujeito passivo, foi alvo de ação fiscalizatória, é o Estado da Bahia.

A legitimidade ativa dos Estados brasileiros para cobrar, e fiscalizar o devido oferecimento à tributação, das operações relativas ao ICMS que sejam praticadas por empresas optantes pelo regime denominado de Simples Nacional não foi definida pela Lei Estadual nº 11.470/09, porque se trata de matéria de Lei Complementar de âmbito nacional, e não de Lei Ordinária de âmbito estadual. E a Lei Complementar que definiu esta competência é a LC nº 123/2006, conhecida no território brasileiro como Lei do Simples Nacional:

LC 123/2006:

Art. 33. A competência para fiscalizar o cumprimento das obrigações principais e acessórias relativas ao Simples Nacional e para verificar a ocorrência das hipóteses previstas no art. 29 desta Lei Complementar é da Secretaria da Receita Federal e das Secretarias de Fazenda ou de Finanças do Estado ou do Distrito Federal, segundo a localização do estabelecimento, e, tratando-se de prestação de serviços incluídos na competência tributária municipal, a competência será também do respectivo Município.

(...)

§ 1º-C. As autoridades fiscais de que trata o caput têm competência para efetuar o lançamento de todos os tributos previstos nos incisos I a VIII do art. 13, apurados na forma do Simples Nacional, relativamente a todos os estabelecimentos da empresa, independentemente do ente federado instituidor.

(...).

§ 3º. O valor não pago, apurado em procedimento de fiscalização, será exigido em lançamento de ofício pela autoridade competente que realizou a fiscalização.

(...)

(destaques nossos)

Portanto, confundiu-se totalmente o sujeito passivo em seu pronunciamento a respeito de legitimidade ativa, no texto do seu Recurso Voluntário.

Porém, na impugnação originalmente apresentada, o contribuinte alegara incompetência da agente fazendária autuante para a realização do lançamento de ofício objeto da lide, argüindo que a mesma não teria tal competência legal, citando a Lei Estadual nº 11.470/09.

Trata-se de alegação que atingiria, por conseguinte, não a legitimidade ativa, posto que um agente fiscal, em si, não tem legitimidade ativa tributária, sendo apenas um preposto fiscal da pessoa jurídica de Direito Público que detém tal legitimidade, mas atingiria a competência funcional – ou seja, competência em razão das atribuições legais do cargo exercido - para praticar o ato administrativo vinculado denominado lançamento. Assim, a alegação de incompetência funcional atingiria, caso procedente, o procedimento levado a cabo por uma agente fiscal, nunca a legitimidade ativa.

A autuante é Agente de Tributos Estaduais, funcionária pública do Estado da Bahia, conforme consta no Auto de Infração. Por conseguinte, sua competência funcional, ou seja, sua competência para praticar os atos administrativos decorrentes do exercício das atribuições do cargo que ocupa, é definida em Lei. Vale, para tanto, a data em que o ato funcional é realizado, porquanto se trata de procedimento funcional.

Assim, o Auto de Infração, ato administrativo, foi lavrado em 31/03/2011 e, em tal data, já competia aos Agentes de Tributos Estaduais a prática dos atos administrativos de fiscalização e de constituição de créditos tributários, mediante lançamento de ofício, relativos a contribuintes inscritos no regime denominado Simples Nacional, conforme já determinava, desde 2009, a Lei Estadual nº 11.470/09, citada pelo contribuinte.

Não se trata de legislação tributária que atinja o fato gerador do tributo em seus elementos, e sim é Lei que atinge competência funcional, procedural, e portanto rege os atos administrativos praticados sob sua égide. Neste sentido também caminha o Parecer da PGE/PROFIS, acostado à fl. 1013 dos autos.

Pelo exposto, resta impossível acatar a alegação recursal de nulidade em razão seja de ilegitimidade ativa, seja de incompetência funcional.

Rejeitadas todas as arguições de nulidade suscitadas pelo recorrente.

Assinalo, por oportuno, que está afastada da competência deste contencioso administrativo a apreciação de constitucionalidade, e de ilegalidade de dispositivo normativo em vigor, nos termos do artigo 125 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB.

Observo que as multas aplicadas estão previstas na legislação atinente ao regime denominado Simples Nacional, consoante LC 123/06, Lei nº 7.014/96, e normas correlatas, e não cabe a esta

instância de julgamento reduzir, ou eliminar, a multa por descumprimento de obrigação tributária principal.

Por outro lado, quanto ao argumento, levantado em sessão de julgamento, no sentido de que na Infração 2 não estaria caracterizado o dolo, ou má-fé, do contribuinte, pelo que a multa de 75% não poderia ser duplicada, passando para o percentual de 150% do valor do imposto lançado, peço vênia para discordar de tal pronunciamento, porquanto o contribuinte, não apenas durante uma ocasião isolada, mas durante o período de julho/2007 até dezembro/2008, continuadamente deixou de declarar a totalidade da receita mensal auferida em razão das vendas que realizou, situação esta comprovada nos autos deste processo.

Com este procedimento retardou o conhecimento, por parte da autoridade fazendária, da totalidade das operações de vendas que, devido à incidência do ICMS, deveriam ter sido tempestivamente oferecidas à tributação. E, neste sentido, o contribuinte praticou sonegação de imposto, tal como previsto no artigo 71 da Lei Federal nº 4.502/64, motivo pelo qual, com base no §1º do artigo 44 da Lei Federal nº 9.430/96, o percentual de multa de 75% foi duplicado, passando a ser de 150%, em consonância com o teor do artigo 35 da LC 123/06.

Por oportuno ressalto ainda, no que tange à correção do débito lançado, quanto à taxa SELIC, que já é entendimento firmado na jurisprudência dos Tribunais Superiores que essa pode ser utilizada como índice para o cálculo dos juros dos débitos tributários apontados a partir de 1º de janeiro de 1996, a exemplo da Decisão do STF no AgRgno Resp. nº 722595/PR, além do que a norma do artigo 161, § 1º, do Código Tributário Nacional - CTN, tem natureza supletiva, aplicando-se apenas quando não haja lei disposta de modo diverso, não sendo esta a hipótese dos autos, já que a legislação estadual prevê a aplicação da taxa SELIC no cálculo dos acréscimos moratórios, como citado acima, e sobre tal ato normativo não há qualquer pecha de constitucionalidade declarada pelo Poder Judiciário. Ademais, especificamente em relação aos acréscimos legais ao crédito tributário em relação às empresas optantes pelo regime denominado Simples Nacional, aplica-se o disposto no artigo 21, I, §3º, e 35, da LC 123/2006, até 31/12/2011 aplicando-se também o disposto no artigo 15, §1º, da Resolução nº 30/2008 do Comitê Gestor do Simples Nacional – CGSN, e a partir de 01/01/2012 aplicando-se também o previsto no artigo 38 da Resolução CGSN nº 94/2011.

Ainda preliminarmente, nos termos do artigo 147, inciso II, alínea “a”, e §1º, do RPAF/99, indefiro o pedido de revisão fiscal, porquanto o mesmo não se encontra fundamentado em qualquer dado matemático, e nem em alegação objetiva, no Recurso Voluntário, e também em razão de que as provas constantes deste processo são suficientes para a formação do meu convencimento.

No mérito, igualmente não merece reparo a decisão recorrida.

Embora no Recurso Voluntário interposto o contribuinte não se tenha reportado de forma objetiva, itemizada, ao mérito da autuação, declarou ratificar as alegações originalmente apresentadas, todas já devidamente enfrentadas pela instância *a quo*, tal como já dito também no supramencionado Parecer PGE/PROFIS de fl. 1013.

Assinalo que em nível de impugnação originária o contribuinte não cita erro específico em relação à sequer um único dado numérico, nem menciona qualquer operação de venda específica, objeto da autuação, embora tenha recebido os demonstrativos no quais a autuante listou de forma individualizada as datas, valores monetários e respectiva numeração dos documentos fiscais de saídas de mercadorias que embasam a autuação; bem como demonstrativos fiscais discriminando, por equipamento Emissor de Cupom Fiscal - ECF, as datas, valores diários, tipos de receita auferida pelo sujeito passivo por aquelas vendas (se referentes a valores de vendas de mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária, ou não), ou seja, demonstrativos fiscais listando as receitas diárias que o próprio contribuinte inseriu em seus cupons fiscais, cujos dados são diariamente totalizados nas leituras de equipamentos ECF que são denominadas “Reduções Z”.

Tal como já exposto no voto de primeiro grau, o Fisco procedeu em conformidade com a legislação fiscal em vigor, tendo realizado os cálculos com base na documentação apresentada pelo sujeito passivo, bem como nos dados enviados a esta SEFAZ pelas administradoras de cartões de crédito/débito com as quais o contribuinte tem contrato para efeito de Transferência Eletrônica de Fundos – TEF nas vendas que realiza com pagamento por este meio. O cálculo da proporcionalidade foi realizado conforme demonstrativos acostados aos autos, e o contribuinte não também apontou imperfeição específica em relação aos mesmos.

Por tudo quanto exposto, acompanho o teor do Parecer PGE/PROFIS e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para declarar mantida a Decisão recorrida, que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração.

VOTO DIVERGENTE (Reeução da multa de 150% para 75% - Infração 1)

Em que pese estar irretocável o voto da i. Relatora, entendo, de ofício, que a multa aplicada à Infração 01 não esteja de acordo com a legislação em vigor, conforme será demonstrado.

A multa de 150% fora aplicada com base no art. 16, II, da Resolução 30/2008, do Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN), que faz referência ao art. 44, I, §1º, da Lei nº 9.430/96, abaixo transscrito e aos arts. 71, 72 e 73, da Lei nº 4.502/64, também reproduzido.

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)

*...
§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)*

E os arts. 71, 72 e 73, da Lei 4.502/64 dispõem que:

Art . 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Art . 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

Art . 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72.

Observa-se dos artigos acima mencionados que a majoração da multa de 75% para 150% ocorre em razão de ações ou omissões dolosas do contribuinte.

Esclarece Álvaro Villaça Azevedo que dolo é comportamento voluntário, intencional e específico de induzir alguém a erro. A fraude “é o dolo em sentido mais estrito, é o comportamento malicioso para causar dano a outrem, ou a particular qualificação do engano, constituindo a mais específica e extrema aplicação do conceito de engano”.

A fraude é uma conduta ilícita, intencional, por meio da qual o agente, de má-fé, disfarça a ocorrência do fato gerador através de uma conduta simulada com o intuito de reduzir, suprimir ou postergar o montante devido em função do fato jurídico acobertado.

A sonegação distingui-se da fraude já que aquele não se refere à norma de incidência direta, mas ao conhecimento dos fatos relevantes pela Administração fiscal no exercício da fiscalização,

correspondendo, portanto à violação à obrigação acessória. No caso da fraude informa-se, verdadeiramente, a existência de um ato jurídico eivado de vício intrínseco da vontade que o torna anulável ou ineficaz.

E no caso em análise não fora demonstrado o elemento subjetivo da norma, qual seja, a existência de dolo, para justificar a majoração da multa aplicada à Infração 1.

Desse modo, entendo que a ausência de comprovação ou, pelo menos, de indício da existência do elemento subjetivo que enseja a intenção de sonegar ou fraudar o fisco, permite a redução da multa aplicada à Infração 1 de 150% para 75%, conforme art. 44, I, da Lei nº 9.430/96.

Assim, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, e de ofício, voto pela readequação da multa aplicada sobre a Infração 1 para reduzi-la de 150% para 75%.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime quanto à redução da multa aplicada de 150% para 75% na infração 1 e, por unanimidade quanto ao mérito, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 232171.0001/11-0, lavrado contra **FRANÇA CARDOSO COMERCIAL DE ALIMENTOS E PANIFICAÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$60.758,75**, acrescido das multas de 75% sobre R\$51.936,30 e 150% sobre R\$8.822,45, previstas no art. 35 da LC 123/2006 c/c art. 44, I, e §1º, da Lei Federal nº 9.430/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR (Readequação da multa de 150% para 75% - Infração 1) – Conselheiros: Osmira Freire de Carvalho Ribeiro da Silva, Álvaro Barreto Vieira, Oswaldo Ignácio Amador e Fernando Antonio Brito de Araújo.

VOTO DIVERGENTE (Readequação da multa de 150% para 75% - Infração 1) – Conselheiros(as): Vanessa de Mello Batista e Rafael Barbosa de Carvalho Figueiredo.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de dezembro de 2012.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – RELATORA

VANESSA DE MELLO BATISTA – VOTO DIVERGENTE
(Redução da multa - Infração 1)

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