

PROCESSO - A. I. Nº 128868.0033/11-6
RECORRENTE - ANDERSON SILVA DOS SANTOS DE MUTUIPE (FERRO BAHIA)
RECORRIDO - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF nº 0039-04/12
ORIGEM - INFAZ SANTO ANTONIO DE JESUS
INTERNET - 11/10/2013

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.JF Nº 0309-12/13

EMENTA: ICMS. 1. SIMPLES NACIONAL. ERRO NA DETERMINAÇÃO DAS RECEITAS MENSASIS E DAS ALÍQUOTAS APLICÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NO TEF. Documentos juntados ao processo não comprovam que os cupons fiscais emitidos correspondem às operações de recebimentos por meio de cartão de crédito. Comprovado nos demonstrativos elaborados pela fiscalização que na apuração do valor devido foram deduzidos os valores das operações com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária e que a base de cálculo da omissão apurada foi desmembrada em débitos relativos à primeira e segunda infração. Rejeitada a nulidade suscitada. Decisão não unânime. Indeferido o pedido de revisão e diligência. Mantida a Decisão recorrida. Adequada, de ofício, a multa de 150% para 75%. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face da Decisão primária que julgou Procedente o Auto de Infração, mantendo o valor da exigência fiscal inicial de R\$10.691,62, acrescido das multas de 75% e 150%, no art. 35 da LC nº 123/06 c/c art. 44, I e §1º da Lei 9.430/96 e dos acréscimos legais.

O Auto de Infração lavrado em 18/08/2011 decorre de duas infrações, ambas objeto do Recurso interposto pelo Contribuinte, como segue:

***Infração 1** - Omissão de saídas de mercadorias tributadas, presumida por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado por instituição financeira e/ou administradora de cartões (jun/09 a dez/10) – R\$7.791,26.*

***Infração 2** - Deixou de recolher valores referentes ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), implicando em não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menor (jun/09 a dez/10) - R\$2.900,36.*

A 4ª JJF, após análise das peças processuais, proferiu Decisão, abaixo transcrita, julgando procedente a autuação para exigir do autuado o pagamento do imposto originalmente lançado, além das multas e acréscimos legais, “*in verbis*”.

VOTO

Na defesa apresentada o autuado suscitou a nulidade do lançamento sob o argumento de que a jurisprudência contida na Súmula 182 do TFR declara impossibilidade de exigência de imposto com base em depósitos bancários e que a situação presente é análoga porque se baseia em valores informados pelas instituições financeiras administradoras de cartão de crédito.

Não acato a nulidade suscitada, em primeiro lugar porque, conforme ressaltado pelo autuante, o STJ na apreciação do REsp 792.812/RJ de 13/02/07 declarou que “A Súmula 182 do extinto TFR, diante do novel quadro legislativo, tornou-se inoperante”.

Em segundo, tendo sido apurada diferença entre os valores informados pelas empresas administradoras de cartão de crédito e o registrado pelo contribuinte na redução Z do seu equipamento emissor de cupom fiscal, tal situação é prevista como omissão de saída de mercadorias nos termos do art. 4º, § 4º da Lei 7.014/96, sendo facultado ao contribuinte comprovar a improcedência da presunção. Logo, a exigência fiscal está amparada em dispositivo de lei e, portanto, é legal.

Indefiro o pedido de diligência formulado, nos termos do art. 147, I, “a” do RPAF/BA, tendo em vista que os elementos contidos no processo são suficientes para a formação de minha convicção.

No mérito, o Auto de Infração exige ICMS relativo à omissão de saídas de mercadorias tributadas, presumida por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartões em valor inferior ao informado pelas empresas administradoras de cartões e falta de recolhimento do imposto devido pelas EPP (Simples Nacional).

Na defesa apresentada o autuado não contestou os cálculos efetuados pelo autuante, tendo em linhas gerais alegado que na apuração do imposto exigido não foram consideradas:

- a) As saídas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária;*
- b) Emissão de documentos fiscais com posterior faturamento englobado no cartão;*
- c) Exigência do imposto nas infrações 1 e 2 tomando como base o mesmo fato gerador.*

Quanto à primeira alegação, constato que conforme esclarecido pelo autuante no demonstrativo à fl. 9 (Anexo II) foi apurado o total das “vendas emitidas” na coluna F e nas colunas J e K (fl. 10) foram indicados os percentuais de mercadorias submetidas ao regime normal e enquadrado no regime de ST, tendo sido multiplicado o total da coluna F pelo da coluna K para encontrar o montante das “Receitas sem ST na coluna M”. Tomando como exemplo o mês de dezembro/09 (fl. 10) foi apurada Receita de Vendas de R\$194.042,76 que deduzida do percentual de 2,57% relativo a saídas de mercadorias submetidas à ST resultou em base de cálculo de R\$192.627,12 a qual serviu de parâmetro para cálculo do imposto devido. Logo, ao contrário do que foi afirmado, foram consideradas as saídas de mercadorias enquadradas no regime de ST.

No tocante à segunda alegação, observo que na situação presente, foi apurada diferença entre os valores informados pelas empresas administradoras de cartão e o registrado na leitura Z do ECF do estabelecimento autuado para caracterizar o ilícito fiscal. Diante dos demonstrativos juntados com a defesa o autuante contestou dizendo que não encontrou qualquer lançamento relativo a Redução Z e que o que foi apresentado não prova o alegado.

Pela análise dos elementos contidos no processo, verifico que:

- 1) O autuante juntou o Relatório TEF diário (fls. 22/39) e não deduziu qualquer valor da Redução Z (fls. 9 e 15) tendo considerado apenas alguns valores relativos à emissão de notas fiscais;*
- 2) Pelo confronto do Relatório TEF com os demonstrativos juntados com a defesa, observo que não há coincidência entre os valores indicados no demonstrativo da empresa e o do Relatório TEF. Tomando como exemplo o dia 09/06/09 o R.TEF indica recebimento por meio de cartão no valor de R\$200,00 tendo o autuado indicado no demonstrativo à fl. 124 que corresponde aos cupons fiscais de números 49, 60, 62, 67, 68 e 70. Já o somatório dos valores dos cupons conforme memória à fl. 127 totaliza R\$171,40 (R\$ 31,03 + 33,94 + 15,69 + 33,74 + 24,00 + 33,00). O mesmo procedimento ocorre com os outros valores a exemplo do recebimento Redecard de 14/07 no valor de R\$ 240,00 (TEF – fl. 124) a empresa indicou o cupom nº 284 sendo que o número correspondente do cupom fiscal (fl. 131) indica valor de R\$244,48.*

Pelo exposto, o demonstrativo juntado com a defesa não faz prova de que houve emissão de cupom fiscal relativo aos recebimentos por meio de cartões (débito/crédito). Também não acato tal alegação.

Com relação ao terceiro argumento de que ocorreu exigência do imposto nas infrações 1 e 2 tomando como base o mesmo fato gerador, também não pode ser acolhido, tendo em vista que conforme demonstrativo à fl. 12, tomando como exemplo o mês de junho/09 foi apurado ICMS devido de R\$322,99 que deduzido do valor recolhido (DASN) de R\$294,80 resultou em diferença devida de R\$28,19. Este valor foi desmembrado em valor de R\$27,64 (infração 1) e R\$0,55 (infração 2), procedimento este que se repete nos demais meses. Portanto, o valor devido nas duas infrações tem como origem a mesma base de cálculo (submetidas ao mesmo percentual de ICMS, no exemplo o percentual de 1,25%), porém, as infrações se caracterizam com natureza próprias, a primeira decorrente de presunção legal de omissão de saída prevista no art. 4º, §4º da Lei 7.014/96 (parte do débito) e falta de recolhimento do ICMS contido no Simples Nacional (outra parte do débito) prevista no art. 21, I da LC 123/06. Concluo que não ocorreu o bis in idem apontado.

Quanto à alegação de que as multas aplicadas são confiscatórias, observo que os percentuais de 75% e 150% são previstos no art. 44, I e §1º da Lei Federal 9.430/96 com redação dada pela Lei 11.488/07 CC/ o art. 35 da LC 123/06. Portanto é legal e correta a sua aplicação não podendo ser acatado o pedido de sua exclusão.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Protocolizado Recurso voluntário tempestivo, colacionados às fls. 238/265, o recorrente inicia seu arrazoado dizendo que a Decisão de piso é contraditória quando nega pedido de revisão fiscal e afirma da falta de prova nos autos em relação aos fatos. Diz também que a análise dos autos foi feita com o propósito de manter o Auto de Infração a qualquer custo, à revelia da legislação, de elementos fáticos e probatórios.

Suscita a nulidade do julgamento de primeiro grau aduzindo a necessidade de remessa dos autos à Procuradoria Geral do Estado em razão de a matéria discutida ser de direito. Nesse sentido, assevera que carece competência ao órgão julgador para manifestar-se isoladamente sobre a matéria dos autos, suscitando ainda supressão de instância administrativa quanto à devolução de toda a matéria ao Conselho de 2ª Instância. Transcreve o art. 45, II do Regimento Interno do CONSEF.

Afirma também que é nulo o julgamento de primeiro grau em razão de cerceamento ao seu direito ao contraditório e à ampla defesa, referindo-se à não análise das provas documentais carregadas aos autos.

Citando o art. 45, I, “b”, do Regimento Interno do CONSEF, afirma que *“até a oportunidade, não tem qualquer conhecimento do inteiro teor das informações fiscais”* referidas no trecho que cita da Decisão vergastada em tela.

Aponta como motivo de nulidade da Decisão recorrida a negativa do seu pedido de diligência ou perícia contábil, ao passo que aduz que a alegação de inexistência de provas contraria o fato de que toda a documentação foi apresentada em sede de defesa, o que conduz à nulidade da Decisão por ter sido proferida em claro atentado ao contraditório, ao seu direito de defesa, além. Cita a jurisprudência do CARF da Receita Federal do Brasil.

Discorre sobre o julgamento de piso à luz do cerceamento ao direito de defesa e supressão de instância, além de violação ao devido processo legal. Novamente cita Decisão do CARF.

Pugna pela decretação de nulidade da Decisão recorrida, devendo retornar o presente PAF à instância a quo para novo julgamento.

No mérito, citando trecho do voto do relator da 4ª JJF, diz que julgamento da querela não pode ser mantido, pois, tem bases frágeis e deveria ter sido levado a apreciação e Parecer da PGE/PROFIS.

Mencionando a Lei nº 7.014/96, a LC 87/96, a LC 105/2011 e o art. 146, da CF/88, afirma que *“extrato de cartão de crédito NÃO se afigura como fato gerador de icms, que se opera mediante a saída de mercadoria do estabelecimento do contribuinte”*. Nessa esteira, aduz que não há respaldo legal nem fundamentação jurídica para que se proceda ao lançamento baseado apenas em extratos de operadora de cartão de crédito, entendendo tratar-se de mera presunção.

Diz que a praxe mercantil local foca ainda na negociação escalonada, sendo comum a retirada das mercadorias em determinado intervalo de tempo, mediante emissão do respectivo documento fiscal e para pagamento posterior, de uma só vez, o que ocorre, em regra, através do cartão de crédito, tudo a demonstrar que *“vários cupons fiscais/notas fiscais são emitidos no decorrer do intervalo referindo-se a apenas uma transação entre o comerciante e a operadora do cartão de crédito. Ou seja, a operação com cartão de crédito referiu-se a cupons fiscais/notas fiscais previamente emitidos, acrescidos dos respectivos encargos”*. Faz referência a declarações de clientes que adquiriram mercadorias do recorrente, na modalidade acima descrita, aduzindo que *“que não houve um novo fato gerador do imposto, nem omissão de entrada nem de saída, mas apenas uma operação financeira”*

Citando trecho do voto condutor da Decisão recorrida, diz que a análise feita pelo relator de primeiro grau apenas corrobora a sua tese. Também afirma que a prova da omissão de saída é inconclusiva, na medida em que meros relatórios de movimentação de operadoras de cartão de crédito não servem a demonstrar a existência de fato gerador do ICMS.

Diz da falta de razoabilidade do julgado, pois, na medida em que comprova parte da destinação das vendas com cartão de crédito, somente poderia, na pior das hipóteses, ser tributada sobre a diferença não comprovada e não sobre o valor total da exação. Transcreve o art. 142, § único, do CTN, concluindo que *“como o Fisco Estadual não conseguiu demonstrar, in casu, a existência de efetiva saída de mercadoria do estabelecimento do autuado, que é o fato gerador do ICMS, o presente lançamento é nulo de pleno direito por estar tentando tributar com base em meras presunções sem qualquer comprovação”*. Cita a jurisprudência e a doutrina.

Afirmado que não há nos autos qualquer elemento donde se extraia qual efetivamente seria o fato gerador do ICMS que se pretende lançar, também afirma que a rigor do que determinam os direitos e garantias fundamentais, lhe é assegurada à inviolabilidade do sigilo de dados e das comunicações telefônicas, salvo por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, o que denota, in casu, que o fisco baiano quebrou o sigilo do recorrente sem a competente autorização.

Menciona os artigos 1º, § 1º, VI, e 6º, da LC 105/2001, aduzindo que a conduta do fisco é ilegal e inconstitucional, e reiterando a necessidade da manifestação da Procuradoria Fiscal. Cita Ives Gandra da Silva Martins e Dejalma Campos, no sentido de que sejam aplicadas a Constituição Federal e as Leis Complementares nº 87/1996 e 105/2001, em detrimento das normas ou dispositivos de normas que lhe sejam contrárias, como é o caso da Lei de ICMS do Estado da Bahia e normas infralegais correlatas.

Afirma que no lançamento em apreço ocorre *bis in idem*, haja vista que as operações em questão tinham cunho financeiro, realizadas via cartão de crédito.

Aduz que em que pese estar inscrita no regime do SIMPLES nacional, o *“Autuante procedeu a lançamentos diversos entre as infrações 01 e 02, envolvendo o mesmo período fiscalizado, de 30/06/2009 a 31/12/2010, desejando cobrar o mesmo tributo, duas vezes, em relação ao mesmo”*.

Quanto às multas cominadas às infrações e aos juros de mora, diz que são confiscatórios, lembrando que a CF/88 veda o confisco tributário. Também aduz que são desproporcionais. Cita e transcreve julgados do STF, além da lição de Paulo César Baria de Cartilho.

Discorre derredor da Multa Moratória, dizendo da sua inaplicabilidade.

Por fim, quanto às preliminares, requer a nulidade do Auto de Infração e, alternativamente, pede a nulidade da Decisão recorrida para que seja proferido novo julgamento, inclusive mediante obtenção de Parecer, ainda naquela instância, da Procuradoria da Fazenda Estadual, assim como em diligência fiscal.

No mérito, requer que seja reformada a Decisão de piso para que seja julgado totalmente Improcedente o Auto de Infração, dando-se inteiro provimento ao presente Recurso.

Requer, por fim, que todas as intimações/notificações sejam também endereçadas ao causídico signatário, sob pena de nulidade procedimental.

Não há manifestação da PGE/PROFIS.

VOTO

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 4ª JFJ deste CONSEF, acórdão 0039-04/12, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do quanto lhe é exigido.

O Recurso que ora se aprecia cinge-se às infrações fiscais que acusam o Sujeito Passivo de haver omitido saídas de mercadorias tributadas, presumida por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado por instituição financeira e/ou administradora de cartões, e de haver deixado de recolher valores referentes ao

Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), implicando em não recolhimento de parte do ICMS.

Em sede de preliminar o recorrente afirma que o Auto de Infração e a própria Decisão de primeiro grau são nulas. Quanto ao Auto de Infração diz que não há determinação clara da base de cálculo do imposto pretendido, bem como para a Decisão recorrida, afirma que ofende a princípios constitucionais garantidores do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, aí entendido que a Junta de Julgamento Fiscal não teria procedido à análise do conjunto probatório apresentado na impugnação, que o seu pedido de diligência foi denegado, que não houve nos autos manifestação da Procuradoria Geral do Estado, e que há *bis in idem*, aduzindo suposta duplicidade de acusação sobre o mesmo fato gerador.

Pois bem, tratando da construção da autuação, com fundamento no Regulamento de Processo Administrativo Fiscal da Bahia – Decreto nº 7.629/99, sobretudo o art. 39, vejo que não assiste razão à Recorrente, conquanto estão presentes todos os requisitos necessários à lavratura do Auto de Infração em apreço. Observo também que não há nos autos quaisquer elementos que indiquem a existência de erro quanto à determinação do infrator e quanto à capitulação das infrações, restando suficientes os elementos presentes aos autos para se determinar, com segurança, a infração e o infrator. Devo registrar, por oportuno, que não se vislumbra qualquer dúvida quanto ao enquadramento da conduta do sujeito passivo ao fato típico especificado na legislação.

Quanto à suscitada incerteza quanto à determinação da base de cálculo, melhor sorte não tem o recorrente. Os elementos que fundamentam o Auto de Infração são por demais claros e amiudados o suficiente de maneira a promover a perfeita inteligência dos cálculos constantes do demonstrativo de débitos elaborado pelo autuante.

Quanto a eventuais ofensas aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, verifico que todos os passos processuais foram rigorosamente seguidos, de maneira que lhe foi garantido, em todas as fases processuais, o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, restando respeitados os incisos LIV e LV do art. 5º, da Carta Magna, ou seja, não há qualquer ofensa aos referidos princípios constitucionais, aí incluído o *bis in idem*, pois, como dito alhures, a exigência fiscal é clara e tem fundamento consistente, conquanto é indiscutível o fato de que o recorrente não conseguiu elidir as acusações que lhe pesam.

Especificamente com respeito à suscitada duplicidade de acusações fiscais sobre um mesmo fato gerador, vejo que os argumentos recursais carecem de qualquer fundamentação fática ou de direito, haja vista que resta claro que se trata de duas acusações distintas, em razão de condutas infracionais também distintas, donde se conclui que não há qualquer equívoco no lançamento.

Quanto à suscitada falta de análise do conjunto probatório apresentado pelo recorrente, a análise dos autos nos leva à conclusão contrária, pois, resta claro que todos os elementos carreados aos autos foram devidamente analisados de maneira minuciosa pelos membros da Junta de Julgamento Fiscal, o que desmonta a tese recursal, haja vista que na Decisão recorrida está demonstrado cabalmente que as reduções “Z” e os TEF diários foram devidamente analisados.

Quanto ao pedido de diligência formulado pelo recorrente e denegado pela Junta de Julgamento Fiscal, há que se trazer à baila a legislação de regência da matéria, cuja previsão está contida no art. 138, § 1º do RPAF, e a dicção determina que a conversão do feito em diligência serve ao convencimento do julgador, nos seguintes termos:

Art. 138. Uma vez analisados os autos, concluindo-se que não há ou que já foram sanadas possíveis dúvidas, falhas ou pendências, o relator emitirá despacho sucinto em que declare estar concluída a instrução, remetendo o processo à Secretaria do Conselho para ser incluído em pauta de julgamento.

§ 1º Sempre que, a critério do relator, houver necessidade de conceder vista, reabrir prazo de defesa ou determinar a realização de diligência ou perícia, deverá a autoridade julgadora elaborar despacho fundamentado, para submeter à discussão quanto à providência cabível em sessão da Junta ou Câmara,

devolvendo o processo à Secretaria do Conselho no prazo previsto para a instrução. (grifo do relator)

Observa-se, portanto, que a negativa ao pedido de diligência formulado pela oro recorrente não inquina de nulidade a Decisão recorrida, pois, não se verifica qualquer atentado contra o contraditório ou à ampla defesa, nem mesmo suprime qualquer instância de julgamento conquanto os julgadores de piso entenderam desnecessária a conversão do feito em diligência para a formação de juízo de valor a respeito da matéria em discussão, posição com a qual me alinho.

Quanto ao Parecer da PGE/PROFIS nos autos, a tese recursal também falece de fundamentos que a sustente. O fato é que o dito Parecer tem caráter opinativo, não vinculante, e mais, o regramento que prevê a existência de Parecer opinativo da procuradoria diz da avaliação do julgador com relação à necessidade de vir aos autos tal Parecer, na hipótese de dúvidas ou incorreção, especificamente com relação à matéria de cunho jurídico. De mais a mais, a presença da Procuradoria Fiscal da Procuradoria Geral do Estado está regulada pelo art. 118, do RPAF/Ba, e como dito acima, obedecendo a ditames específicos, sempre com vistas ao fiel cumprimento da Lei, através de Pareceres opinativos.

Quanto à argumentação trazida pelo recorrente e que se refere à impossibilidade da lavratura do Auto de Infração em razão de suposta quebra do seu sigilo bancário, em que pese entender que a busca de dados dos contribuintes junto às administradoras de cartões de crédito/débito por parte do fisco possa, eventualmente, ser inconstitucional porque viola a privacidade das pessoas, sobretudo quando não há ordem judicial e quando há outras maneiras de se proceder à fiscalização, a matéria arguida foge à competência deste CONSEF, a rigor do art. 167 do RPAF/Ba. Isto posto, deixo de apreciar a nulidade suscitada.

Isto posto, não há que se acolher as preliminares de nulidade do Auto de Infração e da Decisão recorrida.

No mérito, em apertada síntese, diz o recorrente que extratos de Cartão de Crédito não se afigura como fato gerador de ICMS. Por certo que a afirmativa do recorrente está correta, entretanto, o que se percebe é que há uma tentativa de se desvirtuar o foco da autuação, pois, as acusações fiscais têm nos dados informados pelas administradoras de cartões de crédito/débito referências de vendas que confrontadas com os TEF diários autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributadas, ou seja, não são os dados fornecidos pelas Administradoras de cartões de crédito/debito que determinam a base de cálculo do imposto, mas sim a diferença encontrada entre tais informações e os dados contidos nos relatórios TEF.

No que concerne à infração 2, que se conecta à infração 1, exige imposto em razão da diferença apurada entre o imposto recolhido observada a alíquota do tributo apurada considerando determinado valor e a alíquota apurada considerando ao valor omitido, ou seja, busca-se o imposto sobre a circulação das mercadorias cujas operações tiveram omitidas receitas derivadas da apuração obtida do cotejo das informações que deram azo à infração 1, e que não foram elididas.

Quanto às multas cominadas às infrações, entendo que de fato são por demais elevadas, sobretudo quando se trata de micro empresas e empresas de pequeno porte, entretanto, não cabe a este julgador discutir a legislação, mas sim, incorporando o espírito de justiça, aplica-la ao caso vertente. Nesse sentido, especificamente com relação à multa aplicada à infração 2, no percentual de 150%, com previsão contida no art. 44, I, e § 1º, da Lei federal nº 9.430/96, c/c o art. 35 da LC 123/06, vejo que há um equívoco, na medida em que o percentual correto é de 75%.

Derredor dessa matéria, há que se trazer à baila o trecho do voto que norteou a Decisão expressa no Acórdão nº 0139-01/13, como segue:

(...)

O § 1º do art. 44 prevê que o percentual de tal multa (75%) será duplicado (150%) “nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei Federal nº 9.430/96 c/c Art. 35 da Lei Complementar nº 123/06. 4.502, de 30 de

novembro de 1964". Portanto, a multa não é duplicada "sempre", mas, apenas, nos casos dos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64.

O art. 71 da Lei nº 4.502/64 cuida de ação ou omissão dolosa (situação em que, com emprego de maquinções ou má-fé, o contribuinte induz a autoridade fazendária a erro, impedindo ou retardando o conhecimento dos fatos).

O art. 72 cuida de fraude (logro, burla, ilusão, falsificação, visando a impedir ou retardar ocorrência do fato gerador, a fim de reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento).

E o art. 73 cuida de conluio (combinação, trama, conspiração entre duas ou mais pessoas).

Nestes autos, em nenhum momento se falou em dolo, fraude ou conluio. Na imputação não consta nada nesse sentido. Dolo, fraude e conluio não se presumem. Ou o fato doloso, fraudulento ou tramado secretamente é acusado e provado, ou de dolo, fraude e conluio não se trata.

Por conseguinte, no caso em apreço não se trata de infração qualificada, e sim de infração pura e simples: omissão de saídas de mercadorias presumida por meio de apuração através de Notas Fiscais de entrada em confronto com a escrituração do Registro de Entradas, conforme foi descrito no Auto.

E se a infração não é qualificada, a multa aplicável é a básica, de 75%, e não a multa agravada, em dobro, de que cuida o § 1º do art. 44 da Lei federal nº 9.430/96".

Isto posto, NEGOU PROVIMENTO ao apelo recursal e, de ofício, corrijo a multa cominada à infração 1 para o percentual de 75%, conforme prevê o art. 44, I, da Lei Federal nº 9.430/96.

VOTO DIVERGENTE (Quanto a nulidade das infrações)

Em que pese as sempre abalizadas Decisões do n. Conselheiro Relator, peço a devida *venia* para discordar do seu entendimento quanto a nulidade das infrações lançadas no presente Auto de Infração vergastado.

Em sede de questões preliminares, foi ventilado que o Auto de Infração deveria ser considerado nulo arguindo diversas matérias, dentre as quais a falta de pronunciamento da PGE/PROFIS, cerceamento do direito de defesa, desrespeito ao contraditório dentre outras já analisadas no voto condutor deste Acórdão.

Entretanto, mesmo sem fazer referência de maneira específica a legislação e aos princípios de direito, mas diante do princípio processual insculpido no adágio latino *da mihi factum et dabo tibi jus* (Dá-me o fato e te darei o direito), entendo que o Recorrente também alega que o Lançamento não foi suficientemente claro em apontar a base de cálculos e os métodos de apuração realizados pela fiscalização, prejudicando a sua ampla defesa, o que incidiria em desrespeito ao quanto disposto no artigo 2º e no inciso III do art. 39, ambos do RPAF/BA, abaixo transcritos:

Art. 2º Na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, atender-se-á aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito.

(...)

Art. 39. O Auto de Infração conterá:

(...)

III - a descrição dos fatos considerados infrações de obrigações tributárias principal e acessórias, de forma clara, precisa e sucinta;

É de notória sabença, que todo Auto de Infração lançado pela fiscalização deverá ser claro, preciso e sucinto para que haja a compreensão pelo sujeito passivo daquilo que está sendo acusado.

Compulsando os autos, creio que não estão presentes esses requisitos fundamentais para que seja garantida a ampla defesa e o pleno contraditório. Muito pelo contrário. Os relatórios que dão ensejo a este Auto de infração, processados por um programa de computador específico (AUDIG) são confusos e nada explicativos os que tornam incompatíveis com as normas Regulamentares

do Procedimento Administrativo Fiscal do Estado da Bahia. Sendo assim, torna-se impossível contestar os números e fatos por ele apurados.

Diante dessa situação, não vejo, em hipótese nenhuma, como dizer ao contribuinte que tais demonstrativos são concisos, claros e precisos.

Não é porque o Simples Nacional contemple uma cesta de tributos, que o Ente Tributante tem a permissão de se furtar a clareza e precisão na demonstração de quanto se deve de ICMS e, não menos importante, porquê deve, sem que se tenha que se recorrer a demonstrativos absurdamente confusos e explicações que não se coadunam com o espírito do Regime de Tributação do Simples Nacional. Desta forma, entendo que o presente Auto de Infração, nem de longe, concretiza o quanto expresso no art. 1º da LC 123/06, e no art. 170, XI da nossa CF, referente ao tratamento diferenciado e favorecido previsto para as Microempresas.

Assim, com a evidente complexidade dos cálculos que embasam a autuação e a impossibilidade de um microempresário averiguar os critérios de apuração do imposto, entendo que o Auto de Infração da maneira com este se processa é nulo por não observar os requisitos de clareza e precisão previstos no art. 39, III, do RPAF/BA.

Considero as infrações 1 e 2 nulas.

Ex positis, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário para que se julgue NULO o Auto de Infração debatido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime quanto à preliminar de nulidade e, por unanimidade em relação ao mérito, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **128868.0033/11-6**, lavrado contra **ANDERSON SILVA DOS SANTOS DE MUTUÍPE (FERRO BAHIA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$10.691,62**, acrescido das multas de 75%, prevista no art. 35 da LC nº 123/06 c/c art. 44, I, da Lei nº 9.430/96 e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros(as): José Antonio Marques Ribeiro, Mônica Maria Roters, Valnei Sousa Freire, Denise Mara Andrade Barbosa e Carlos Fábio Cabral Ferreira.

VOTO DIVERGENTE – Conselheiro: Rodrigo Lauande Pimentel.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de setembro de 2013.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – VOTO DIVERGENTE

ANGELI MARIA GUIMARÃES FEITOSA - REPR. DA PGE/PROFIS