

PROCESSO - A. I. Nº 210376.0006/11-5
RECORRENTE - CARLOS DE FREITAS MEDEIROS (DOCES SONHOS)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0021-01/13
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 11.09.2013

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0338-13/13

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. VENDAS EM CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. REGISTRO EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO. Comprovada a omissão da receita, cujo imposto foi exigido mediante o tratamento diferenciado dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte, optantes pelo Regime Especial Unificado de Recolhimento de Tributos e Contribuições – SIMPLES NACIONAL, após ajustes procedidos pelo Fisco. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS. Provado erro na informação da receita e alíquota aplicada a menor. Exigência no todo subsistente, mesmo após diligência da ASTEC. Decretada, de ofício, a redução da multa, de 150% para 75%. Rejeitado o pedido de nulidade. Mantida a Decisão recorrida quanto ao mérito. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de apreciar o recurso à Decisão relativa ao Auto de Infração em tela, lavrado em 15/06/2011, exigindo ICMS no valor de R\$ 54.098,31, compreendendo o período de 2007 e 2008, conforme demonstrativos às fls. 12 a 32 dos autos, em razão de duas irregularidades, a saber:

INFRAÇÃO 1 – 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, no montante de R\$ 7.245,94, devido a erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menor. Multa de 75%.

INFRAÇÃO 2 – Omissão de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões. Valor de ICMS R\$ 46.852,37 e multa de 150%.

Presentes aos autos, a i. JJF constata ter atendido o Auto de Infração em tela, a todas as formalidades validadoras, conforme requisitos constantes no art. 39, RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99). A guisa de esclarecimentos foram operadas diligências solicitadas pela Junta de Julgamento objetivando a busca da verdade material e o devido processo legal.

Ainda preliminarmente, observa o i. Relator que o autuado pode exercer plenamente as suas razões, fazendo serem conhecidos todos os fatos e argumentos que julgou necessários na defesa de sua tese. Foram fornecidas cópias de todas as peças que sustentaram as modificações, nos presentes autos, inclusive o Relatório Diário de Operações TEF, consoante recibo firmado por representante legal do estabelecimento autuado, fl. 08, não restando no presente PAF nenhuma situação a motivar nulidades, nos termos do art. 18, RPAF BA.

Adentrando ao mérito, assim se manifesta:

“..o presente Auto de Infração exige ICMS de empresa inscrita no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES

NACIONAL, em decorrência da constatação de duas infrações. A primeira, em razão do recolhimento a menos de ICMS, devido a erro na informação da receita e aplicação da alíquota, tudo conforme demonstrativos de Declaração do Simples Nacional e Extratos do Simples Nacional, no valor global de R\$ 7.245,94, no período de setembro 2007 a dezembro 2008. Na segunda infração, omissão de saídas de mercadorias, detectada por meio de levantamento das vendas com pagamento em cartão de crédito/débito, em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, conforme previsto no art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.542/02, no período julho 07/dezembro 08, da infração anterior, no valor global de R\$ 46.852,37, tudo em conformidade com os demonstrativos acostados ao presente Processo Administrativo Fiscal.

As razões de defesa, no presente caso, fundaram na saída de produtos diretamente do estabelecimento autuado para o consumidor final; produtos que preparados à base de farinha de trigo (pães de especiaria, bolos e tortas), com ICMS exigido antecipado, não estariam mais sujeitos à incidência nas saídas e os fatos apontados na autuação não poderiam ser mais tributados. Destacou repetidamente o Protocolo ICMS 46/00, que pouco influenciou na solução da lide.

A preposta do Fisco, responsável pela autuação, informou que na apuração da omissão de receita tributável, aplicou a proporcionalidade das vendas tributadas, declaradas em PGDAS, salientando que o autuado não comercializa apenas torta, bolo e refrigerante e que a atividade econômica do autuado cadastrada na SEFAZ-INC, sempre foi o CNAE nº 5611/20-3 – Lanchonetes, casas de chá, de sucos e similares.

Verifico que diligência a cargo da ASTEC (Assessoria Técnica do Conselho) – Parecer nº 91/2012, fls. 236/237, designada em reforço à diligência anterior, fl. 218, conclui pela apuração de vendas sujeitas à substituição tributária e sujeitas à tributação normal, informando percentualmente cada espécie, conforme orientação contida na Instrução Normativa 56/07.

Diante de tais pressupostos, compete-nos apreciar objetivamente cada exigência fiscal, objeto da lide, iniciando pela infração 02 e dá origem à primeira infração.

A segunda infração encontra amparo nas disposições contidas no art. 4º, §4º, VI, “b” da Lei nº 7.014/96, a seguir descrito:

Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

...

§ 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;

A tributação com base em presunção somente é cabível nos casos expressamente previstos na lei, posto que ocorre a inversão do ônus da prova. Ao ser acusado da omissão de receita por ter detectado, como no caso em concreto, diferença entre as vendas declaradas pelo contribuinte e aquelas constantes nos banco de dados das administradoras de cartões, o sujeito passivo deveria provar os fatos, em direção oposta àquela colhida pelo fisco (presunção relativa), elidindo a presunção fiscal.

Fundamental, nesse tipo de acusação tributária, a entrega pelo Fisco do relatório de Transferência Eletrônica de Fundos - TEF de operações diários, conforme o Recibo de Arquivos Eletrônicos, fls. 07/08, de sorte a permitir que o autuado, de posse de cada valor denunciado pelas administradoras dos cartões, apresente os elementos de prova com força capaz de elidir a presunção legal de venda através de cartões de crédito ou de débito, sem a emissão do correspondente documento fiscal.

Não teve êxito o autuado. O argumento inicial de que a totalidade de suas vendas se referiam a produtos sujeitos ao regime da substituição tributária, com fase de tributação encerrada foi rechaçado pelo Parecer exarado na ASTEC (nº 91/2012), fls. 236/237, que concluiu pela existência de parcelas de vendas sujeitas à substituição tributária e outra parcela sujeita à tributação normal.

A arguição defensiva final de que ao emitir cupom fiscal, por conta de orientação equivocada, deixou de cadastrar, no sistema do ECF, as operações substituídas relativas aos produtos derivados de farinha de trigo, não faz prova a seu favor e não afasta a responsabilidade tributária do autuado. O argumento de que informou na DASN (Declaração Anual de Simples Nacional), na condição de tributáveis, todos os produtos derivados de farinha de trigo e que aguarda o julgamento administrativo para proceder às retificações, não serve de prova material para desconstituir a exigência.

Foram observadas divergências, em todo o período fiscalizado, entre os valores informados no TEF e os valores de vendas com cartões declarados pelo contribuinte (fls. 13/32 e 262), que não acostou aos autos qualquer prova a favor de sua tese.

Merece, nesse ponto, algumas considerações.

A hipótese que autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, a partir das declarações de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito (Lei nº 8.542, de 27/12/2002), presente no RICMS BA-97 (art.2º, § 3º, VI), compara os valores fornecidos pelas instituições ou administradora de cartões com as saídas declaradas pelo contribuinte relativas às suas vendas registradas no modo de pagamento cartão do equipamento emissor de cupom Fiscal – ECF.

A jurisprudência do CONSEF tem aceitado como vendas com cartões, para efeito de comprovação da presunção mencionada, os valores constantes de documentos fiscais que coincidam em valor e data com os valores constantes do relatório de Transferência Eletrônica de Fundos de operações diárias - TEF

No caso concreto, o preposto fiscal elaborou demonstrativos de débitos, anexos aos autos, fls. 13/20, discriminando os totais informados pelas administradoras dos cartões e os valores de vendas com emissão de documentos fiscais e cujas vendas foram recebidas através cartões de créditos (operações que coincidiam em valores e datas com aqueles constantes no relatório TEF); fls. 13 e 16; nos meses de novembro e dezembro 2008, o autuado passou a registrar as saídas no ECF (modo pagamento) e foram também consignadas nos demonstrativos fiscais.

Assim, exemplificando didaticamente a operacionalidade da fiscalização e tomando-se como exemplo o mês de agosto de 2008, que operou modificação no valor exigido na inicial dos autos, verifico que o valor apurado no relatório TEF do contribuinte autuado totalizou R\$ 143.411,16 (fls. 16, 34 e 262); não houve saída no ECF (modo de pagamento cartão) e apenas a emissão de notas fiscais com pagamento em cartões de crédito ou de débito, no valor de R\$ 823,40, e importou divergência com cartões no valor de R\$ 142.587,76.

Após o Parecer ASTEC nº 91/2012, fls. 237/238, a fiscal autuante elaborou nova apuração de débito para a infração 02, conforme demonstrativo de fl. 262, considerando a existência de saídas com fase de tributação encerrada, produtos da substituição tributária (29,06%), mas também de produtos normalmente tributados (70,94%), a partir dos dados capturados nos documentos apresentados pelo próprio autuado (fls. 248/249). Apenas o valor correspondente ao percentual de mercadorias tributáveis (R\$ 101.151,76) foi considerado para fins de confronto com o valor recolhido (DASN) pelo autuado (R\$ 59.687,00), com a conseqüente redução do valor da exigência no mês de agosto 08 (R\$ 3.328,28) para R\$ 1.682, 89.

Nos meses de novembro e dezembro 2008, que também foram objeto de prova manejada pelo sujeito passivo da existência de venda de produtos com tributação normal e com substituição tributária, não houve quaisquer alterações da exigência inicial, nesse momento processual, porque os percentuais entre as saídas de produtos com substituição tributária e produtos com saída normal foram destacados do Extrato do Simples Nacional, acostados aos autos, fls. 97/100, e já constavam do levantamento inicial elaborado pela autuante.

Compete observar que na apuração das omissões supra aludidas, a autuante abateu das receitas divergentes dos cartões, a totalidade de recolhimento através da DASN como se todo o valor fosse pagamento na modalidade cartões, em benefício do contribuinte.

Ante o exposto, caracterizada a exigência contida na infração 02, no valor total de R\$ 45.206,99, conforme constante no demonstrativo fiscal de fl. 262, restando contundentes a partir do exame das provas constantes dos autos, as divergências entre os valores informados pelas administradoras dos cartões de crédito e débito, conforme TEF de operações diárias, entregue ao autuado para efeito de conferência e fundamentar sua defesa e aqueles valores declarados pelo contribuinte.

Em decorrência da infração retro referida, a apuração de receitas omitidas, através de cartões de crédito e de débito, resta também evidenciado que o sujeito passivo recolheu a menos ICMS contido no SIMPLES NACIONAL, a partir da constatação, na segunda infração, que o autuado ofereceu à tributação valores menores que os informados pelas instituições financeiras e administradoras de cartões, nos termos do art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96.

A opção do contribuinte pelo enquadramento no SIMPLES NACIONAL instituído pela Lei Complementar 123/06, conforme Declaração Anual do Simples Nacional (DASN), desde 01.07.2007, implica na vinculação ao Regime Especial Unificado de Arrecadação (artigos 12 e 13) e cuja forma de arrecadação está prevista no art. 18 e §§, cujo pressuposto básico para determinação da base de cálculo e alíquota é a “receita bruta”.

Examinando os autos a partir desses pressupostos, constato que para a apuração dos valores de ICMS no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelo contribuinte, as receitas consignadas foram extraídas a partir das DASN (Declaração Anual do Simples Nacional) e dos Extratos do Simples Nacional declarados, cópias às fls. 36 a 100, para os exercícios de 2007 e 2008. O autuante, assim, elaborou demonstrativos com o somatório das receitas, evidenciando os percentuais de vendas consideradas normal, além das receitas omitidas apuradas através dos cartões, tratadas na apreciação da infração anterior.

Dessa forma, foi apurado o ICMS no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições não recolhido, em relação exercícios 2007 e 2008, respectivamente, nos valores de R\$ 476,44 e R\$ 6.769,50,

conforme constam do demonstrativo de fl. 262. Destaque-se que as receitas omitidas proporcionais às operações sujeitas à substituição tributária não foram consignadas para fim da exigência da infração do Simples Nacional (art. 18, IV da LC 123/06).

Em face ao acima exposto, a infração 1 é também subsistente em parte, no valor de R\$ 7.245,94, tendo em vista que os demonstrativos acostados ao PAF comprovam a ocorrência de pagamento a menos do imposto devido na condição de empresa optante pelo regime do Simples Nacional .”

E julga pela Procedência em Parte do Auto de Infração.

Em seu Recurso Voluntário à Decisão, tempestivamente apensado por preposto advogado, repetem-se as mesmas razões e irresignações vindas na defesa inicial.

Impugnou o lançamento por produzir e comercializar diretamente com o consumidor final, derivados de farinha de trigo, cuja matéria-prima é adquirida com pagamento antecipado do ICMS, e esse recolhimento se estende aos artigos de sua produção com os quais opera vendas.

Transcreve a Ementa e a Resolução da Decisão prolatada nestes autos.

Na citação dos fundamentos do recurso, alude ao Protocolo ICMS 40/2000, destacando que na redação que vigorou até 2009, como na nova a partir de 01.01.2010, resta estabelecido que a antecipação alcança as etapas das operações posteriores, de forma generalizada, e referindo-se aos elaborados pelos estabelecimentos de panificação, tais como massas alimentícias, biscoitos e bolachas derivados da farinha de trigo. Transcreve referido Protocolo ICMS 40/2000.

Segue enfatizando o alcance total do Protocolo citado, para produtos derivados da farinha de trigo situados nos códigos 10.91-1; 10.92-9 e 10.94-5, consoante Tabela do Código Nacional de Atividades Econômicas (CNAE) que transcreve, com destaque a esses itens citados.

Firma o recorrente que, como a descrição do código 10.92-9 inclui os produtos pães, bolos, tortas, roscas, e a expressão etc. (abreviatura da expressão latina “et caetera”) cujo significado é “e as coisas restantes”, na presente situação tratam-se de produtos assemelhados aos citados.

Destaca a convergência do entendimento do fisco, inclusive em Pareceres, como o de nº12128/2010 de 12.07.2010, cuja resposta transcreve.

Diz que esse entendimento é unânime, e que afora esses produtos originados da farinha de trigo, comercializa também refrigerantes, que igualmente são produtos substituídos.

A questão resultante que apresenta discórdia trata do percentual de vendas tributadas em relação ao total das vendas realizadas, uma vez que o total do ICMS apurado resultou da consideração das receitas omitidas. Assim é que o fisco obteve percentual de 29% e o recorrente Zero, considerando que somente dá saída a produtos cujo imposto já foi antecipado.

Alude o recorrente que o fisco pautou-se nas informações das DASN, e à época fazia constar naquelas declarações, as vendas de produtos tributados e dos com substituição tributária. E como forma de solucionar o litígio, questiona; a) erro de fato do contribuinte pode transmutar-se em fato gerador do ICMS?; b) no lançamento de ofício a quem cabe o ônus de provar a ocorrência do fato gerador?

Com respeito ao fato gerador, o recorrente cita e transcreve do CTN os arts. 113, § 1º e 114, e a LC nº 87/1996, art. 2º, Incisos I a V, § 1º, Incisos I, II e III, § 2º, art. 4º § único, Incisos I a IV e art. 7º, tecendo sua conclusão de que a LC do ICMS não listou as hipóteses de “*Erro de fato cometido pelo contribuinte, ou Declaração Inexata do Contribuinte, ou qualquer expressão semelhante*” como suficiente e necessária à ocorrência do fato gerador desse tributo.

Passa ao comentário da motivação, indicando textos legais, e citações do emérito Hugo de Brito Machado, acerca do ônus da prova em questões tributárias. Cita também do STJ a RESP30392/SP, a 48516/SP.

Diz que nos autos ocorre o recorrente dar saída exclusivamente a produtos objetos de antecipação tributária, e o fisco lançar com base na relação percentual entre produtos tributados e com substituição tributária, declarados equivocadamente pelo próprio recorrente. Julga o Auto de

Infração em comento ser despido de motivação, inválido, portanto. Cabe no caso que o ônus de provar que o recorrente dá saída a produtos tributados é do fisco, e inadmissível a inversão do ônus da prova.

Seu pedido é para reforma da Decisão em tela, para julgar improcedente o lançamento fiscal.

O Parecer elaborado pela PGE/PROFIS da lavra da i. Procuradora, Dra. Maria Helena Cruz, aborda que em sede de primeira instância os autos foram convertidos em diligência, e foi adotada a proporcionalidade das vendas tributadas seguindo orientação da Instrução Normativa nº 56/2007.

Esclarece i. Procuradora que conforme preceitua o art. 4º, § 4º da Lei nº 7014/96, a declaração de vendas pelo contribuinte, em valores inferiores aos informados às administradoras de cartões de crédito e de débito, autorizam a presunção da omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto.

Indica que o contribuinte não conseguiu elidir a acusação, mediante a produção de prova que lhe cabia, pois se verifica mesmo no novo demonstrativo de débito elaborado pelo diligente, o qual considerou a proporcionalidade apurada das mercadorias tributáveis, não foi apresentado pelo autuado qualquer prova capaz a refutá-lo.

Opina a i, Procuradora pelo conhecimento e improvimento do recurso interposto.

VOTO

Corroboro integralmente com as preliminares expressadas pela i. JJE, tendo em vista o atendimento a todas as formalidades, instrumento validador e requisitos constantes no art. 39, RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99). Para permitir completo esclarecimento foram operadas diligências solicitadas pela Junta de Julgamento, objetivando a busca da verdade material e o devido processo legal.

O recorrente pode discorrer plenamente as suas teses de defesa, trazendo à luz todos os fatos e argumentos que julgou necessários no enfrentamento da acusação. Foi-lhe entregue cópias de todas as peças que sustentaram as modificações, nos presentes autos, inclusive o Relatório Diário de Operações TEF, consoante recibo firmado por representante legal do estabelecimento autuado, fl. 08, não restando no presente PAF nenhuma situação a motivar nulidades, nos termos do art. 18, RPAF/BA.

Com referência à Infração 02, a Diligência ASTEC nº 91/2012 (fls. 236/237) levantou parcelas de vendas sujeitas à substituição tributária (fase de tributação encerrada), bem como a existência, em maior número, de operações sujeitas à tributação normal, fato este que desconsidera o argumento inicial do recorrente, de só operar com produtos da ST. Esta constatação ocorreu no mês de agosto/2008, única planilha cedida pelo recorrente.

A alusão defensiva de que orientado equivocadamente não cadastrou no ECF as operações substituídas relativas aos produtos derivados da farinha de trigo, não lhe favorece nem afasta a sua responsabilidade tributária. O fato de ter informado na DASN (Declaração Anual do Simples Nacional), todos os produtos derivados da farinha de trigo como normalmente tributados, e que está no aguardo do julgamento do PAF para proceder às retificações, não é argumento palpável nem prova material para desconstituir o lançamento fiscal.

Nesta infração houve apuração de receitas omitidas, através de vendas com pagamentos em cartões de crédito e de débito, restando assim evidenciado que o sujeito passivo recolheu a menos a parcela do ICMS contida no SIMPLES NACIONAL, a partir da constatação de que o mesmo ofereceu à tributação valores menores que os informados pelas instituições financeiras e administradoras de cartões, nos termos do art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96.

Os valores informados no TEF e os valores de vendas com cartões declarados pelo contribuinte (fls. 13/32 e 262) apresentaram diversas discrepâncias, não tendo o recorrente acostado aos autos qualquer prova a seu favor.

Dada à única apresentação de planilha referente a agosto/2008, a diligente ajustou o lançamento de conformidade a IN 56/07, agravando o mesmo (fl. 237) para R\$45.885,27. Em informação fiscal, o autuante elaborando demonstrativo (fl. 262), decompõe a infração 02, assumindo a mesma o valor de R\$45.206,99.

Cabe destacar que beneficemente ao recorrente, na apuração destas omissões a autuante abateu das receitas divergentes nos comparativos com os cartões, a totalidade de recolhimento indicado na DASN como se todo esse valor tivesse sido pago na modalidade cartões.

Com relação à infração 02, concordo com a procedência parcial da mesma na importância de R\$45.206,99.

Em relação à Infração 01, a qual acusa de não 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, no montante de R\$ 7.245,94, devido a erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menor, aplicada a multa de 75%, é visto que desde a LC nº 123/06 que instituiu o Simples Nacional, a opção do contribuinte, a partir de 01/07/2007, implica na sua vinculação ao Regime Especial Unificado de Arrecadação (artigos 12 e 13) e cuja forma de arrecadação está prevista no art. 18 e §§, cujo pressuposto básico para determinação da base de cálculo e alíquota é a “receita bruta”.

A partir destes pressupostos, vejo que a forma de apuração dos valores de ICMS no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelo contribuinte, consiste em tomar as receitas consignadas a partir das DASN (Declaração Anual do Simples Nacional) e dos Extratos do Simples Nacional declarados, cópias às fls. 36 a 100, para os exercícios de 2007 e 2008. Para este fim, a autuação elaborou demonstrativos com o somatório das receitas, evidenciando os percentuais de vendas consideradas normal, além das receitas omitidas apuradas através dos cartões, tratadas na apreciação da infração anterior.

Dessa forma, foi apurado o ICMS no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições não recolhido, em relação exercícios 2007 e 2008, respectivamente, nos valores de R\$ 476,44 e R\$ 6.769,50, conforme constam do demonstrativo de fl. 262.

Cumprе destacar que as receitas omitidas proporcionais às operações sujeitas à substituição tributária não foram consignadas para fim da exigência da infração do Simples Nacional (art. 18, IV da LC 123/06).

Face ao acima exposto, visto que a infração 01 é também subsistente em parte, no valor de R\$ 7.245,94, tendo em vista que os demonstrativos acostados ao PAF comprovam a ocorrência de pagamento a menos do imposto devido na condição de empresa optante pelo regime do Simples Nacional, mantenho a decisão recorrida e voto pela procedência parcial da mesma.

Considerando a pertinência quanto à aplicação da multa qualificada no percentual de 150%, observo que a prescrição do §1º do art. 44 da Lei Federal 9.430/96 é clara:

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

II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

a) na forma do art. 8º da Lei no 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física; (Incluída pela Lei nº 11.488, de 2007)

b) na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica. (Incluída pela Lei nº 11.488, 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 2007)” (grifamos)

Os art. 71, 72 e 73 da Lei no 4.502/1964 preveem os tipos penais dos crimes contra a ordem tributária, sendo que, para a sua caracterização, é necessária a comprovação de existência de intuito fraudulento ou da vontade de sonegar imposto, ou seja, é imprescindível a prova de ato de má fé por parte do contribuinte.

No caso em exame, não resta comprovado qualquer crime cometido pelo contribuinte, como também não está comprovada qualquer conduta de má-fé. A aplicação da multa qualificada somente é cabível quando reste provado o cometimento dos crimes previstos nos já citados arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/1964, o que, definitivamente, não é o caso de que tratam os autos.

Frise-se, ainda, que a regra geral, prevista no Código Civil (art. 1201), e aplicada amplamente pela jurisprudência dos Tribunais Pátrios é que não se presume a má-fé, a presunção é sempre de boa-fé.

Destarte, deve ser aplicada a multa de 75%, prevista no inciso I, do art. 44 da Lei 9.430/96, e não a multa qualificada prevista no § 1º, do art. 44 da Lei Federal nº 9430/96.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do recurso apresentado e, de ofício, adéquo a multa aplicada na infração 2 para 75%.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **210376.0006/11-5**, lavrado contra **CARLOS DE FREITAS MEDEIROS (DOCES SONHOS)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$52.452,93**, acrescido da multa de 75%, prevista no art. 35, da LC nº 123/06, c/c o art. 44, I da Lei nº 9.430/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de agosto de 2013.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

OSWALDO IGNACIO AMADOR – RELATOR

ROSANA JEZLER GALVÃO - REPR. DA PGE/PROFIS