

PROCESSO	- A. I. N°124267.0004/11-5
RECORRENTE	- MERCADINHO LIMA LTDA. (MERCADINHO OLIVEIRA LIMA)
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0192-01/12
ORIGEM	- INFRAZ ATACADO
INTERNET	- 16/04/2014

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF N° 0069-12/14

**EMENTA:** ICMS. CONTRIBUINTE OPTANTE PELO REGIME ESPECIAL UNIFICADO DE ARRECADAÇÃO DE TRIBUTOS E CONTRIBUIÇÕES DEVIDOS PELAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE (SIMPLES NACIONAL). **a)** CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA E INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A declaração de vendas, pelo contribuinte, em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção (artigo 34 da Lei Complementar 123/06 combinado com o §4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96). Não comprovada a improcedência da presunção legal que embasa esse item do lançamento. Infração caracterizada. Adequação do percentual da multa aplicada. **b)** PAGAMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Comprovado o recolhimento a menos do imposto devido na condição de empresa do Simples Nacional. Infração subsistente. Indeferida a solicitação de diligência. Não acolhida a preliminar suscitada. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face da Decisão primária que julgou Procedente o Auto de Infração, exigindo do recorrente imposto no valor total de R\$15.012,20, acrescido das multas de 150% e 75%, previstas nos artigos 35, da LC nº 123/06 e art. 44, §1º, da Lei Federal nº 9.430/96, e dos acréscimos legais.

O Auto lavrado contra o Sujeito Passivo em 29/11/2011 decorre de duas infrações, abaixo transcrita e objeto do Recurso Voluntário que se apreciará, como segue:

*Infração 1 - Falta de recolhimento de ICMS referente a omissões de saídas de mercadorias tributadas, presumidas por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado por instituições financeiras e/ou administradoras de cartão, nos meses de julho de 2007 a dezembro de 2008. Lançado imposto no valor de R\$ 2.113,07, mais multa de 150%.*

*Infração 2 – Recolhimento da menos de ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, implicando não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menos, nos meses de julho de 2007 a dezembro de 2008. Foi lançado imposto no valor de R\$ 12.899,13, mais multa de 75%.*

No campo “Descrição dos Fatos”, a Autuante fez consignar a forma através da qual apurou o imposto supostamente devido pelo Sujeito Passivo, *in verbis*:

*“ ... Nos exercícios de 2007 e 2008 estabelecemos o confronto entre valores das vendas em cartão de crédito/débito, registrados nos documentos fiscais apresentados pelo contribuinte e os valores das vendas em cartão de crédito/débito informados a SEFAZ/BA pelas Administradoras de cartão, através do sistema TEF*

(Transferência Eletrônica de Fundos). Do resultado desse confronto, apuramos o valor da receita proveniente das vendas em cartão sem emissão dos respectivos documentos fiscais configurando omissão de saídas das mercadorias tributadas (Total Div. Cartão).

Constatado a omissão acima, procedemos ao levantamento de receita total da empresa, acrescentando ao valor integral das vendas emitidas (Notas fiscais + Redução Z), apresentadas pelo contribuinte, o valor da omissão apurada.

Como se trata de empresa que comercializa produtos da substituição tributária, essa nova receita foi submetida à segregação para separar o montante da receita proveniente das vendas dos produtos da substituição (tributados antecipadamente), do montante da receita que será a base para o cálculo do imposto devido.

O Recurso utilizado para estabelecer a relação de proporcionalidade existente entre as receitas com substituição tributárias e as receitas sem substituição tributária foram as informações contidas no Sintegra (Sistema integrado de informações sobre operações interestaduais com mercadorias e serviços) donde procedeu-se a segregação das receitas apuradas. Portanto a proporcionalidade aplicada teve origem nas entradas das mercadorias no estabelecimento do contribuinte informadas por terceiros (fornecedores).

A proporção resultante foi aplicada sobre a receita total apurada (documentos + omissão). Mensalmente encontramos a base de cálculos, que, por sua vez, foi submetida às alíquotas constantes do Anexo I, da Lei 123/2006, do Simples Nacional. Essas alíquotas foram determinadas de acordo com a receita bruta alcançada pela empresa nos doze últimos meses anteriores ao mês de apuração.

Apurado o valor do ICMS devido mensalmente, este foi confrontado com o valor do ICMS gerado nos Extratos do Simples Nacional, de forma que, do período fiscalizado, foram encontradas diferenças de ICMS a recolher.

Na infração típica como omissão de saídas, apuramos no exercício de 2007 uma receita no valor de R\$15.652,68 e 2008 no valor de R\$64.549,22. Sobre essas receitas calculamos o ICMS a recolher nos valores respectivamente de R\$349,21 e 1.763,90.

Quanto às divergências encontradas entre a receita levantada nos documentos apresentados e a receita declarada no PGDAS, infração típica como recolhimento a menor, apuramos uma receita no exercício de 2007 no valor de R\$239.806,72 e em 2008 no valor de R\$282.912,15, sobre essas receitas calculamos o ICMS a recolher no valor de R\$5.181,19 e em 2007 e de R\$7.717,93 em 2008.”

Da análise dos elementos trazidos aos autos, a 1ª JJF, decidiu, por unanimidade e com base no voto do Relator de primeiro grau, abaixo transrito, que é totalmente Procedente a autuação:

#### “VOTO

No Auto de Infração em epígrafe, o autuado, uma empresa optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional – foi acusado de ter omitido operações de saídas de mercadorias tributáveis, tendo sido a irregularidade presumida por meio de levantamento das vendas pagas mediante cartão de crédito e/ou débito (Infração 1) e de ter deixado de recolher valores referentes ao Simples Nacional em razão de erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menos (Infração 2).

Na impugnação, o autuado argumenta que a autuante laborou em equívoco quando apurou a “relação de proporcionalidade” com base nas informações do Sintegra, prestadas pelos seus fornecedores. Diz que o Simples Nacional incide sobre a receita bruta e, portanto, a proporcionalidade não poderia tomar por base as operações de entradas.

Inicialmente, há que se ressaltar que, em todo o período fiscalizado, os Extratos do Simples Nacional (fls. 41 a 76), cujos dados são fornecidos pelo defensor, apenas acusam a existência de receita decorrente de operação com mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária. No entanto, conforme foi afirmado pela autuante, o defensor também comercializava com mercadorias não enquadradas no regime de substituição tributária. Além disso, os cupons fiscais emitidos pelo impugnante (fls. 113 a 157) não apontavam operações com mercadorias sujeitas à substituição tributária, ao passo que grande parte das notas fiscais de vendas a consumidores não discriminavam as mercadorias comercializadas (fls. 158 a 191).

Ante o procedimento irregular do autuado – deixar de declarar as efetivas receitas auferidas com mercadorias não enquadradas no regime de substituição tributária, bem como emitir nota fiscal sem discriminar as mercadorias comercializadas –, a autuante se viu obrigada a realizar um levantamento fiscal visando à apuração do “percentual” das operações sujeitas ao regime de substituição tributária. O levantamento fiscal, nos termos do art. 936 do RICMS-BA, pode ser realizado com base em dados das operações de entradas ou de saídas, bem como em outros elementos, dados ou informações concernentes às atividades do contribuinte.

Ressalto que a autuante apenas apurou qual o “percentual” das operações realizadas com mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária. O critério utilizado nessa apuração não desvirtua o cálculo do ICMS devido no regime do Simples Nacional, como tenta fazer crer o autuado, haja vista que esse “percentual” é aplicado sobre a “receita” auferida pelo fiscalizado.

O autuado sugere a realização de diligência para verificar com base nas operações de saídas qual o valor da receita obtida com mercadorias enquadradas na substituição tributária.

Com o devido respeito, considero essa diligência impraticável e desnecessária: impraticável, porque o defensor não especificava em seus documentos fiscais as operações com mercadorias da substituição tributária, inviabilizando o cálculo da margem de valor agregado em relação a essas mercadorias; desnecessária, uma vez que a autuante apurou o “percentual” das operações com mercadorias da substituição tributária, tendo aplicado esse “percentual” sobre o montante da receita auferida, não acarretando, assim, qualquer prejuízo para o autuado. Dessa forma, fica indeferida a solicitação de diligência.

Em face ao acima exposto, o critério utilizado pela autuante na determinação do “percentual” das operações com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária é válido e possui amparo na legislação tributária estadual.

Quanto às multas indicadas na autuação, previstas no art. 35, da Lei Complementar nº 123/06, e no art. 44, I, §1º, da Lei Federal nº 9.430/96, o defensor sustenta que a autuante ao impor multa de âmbito federal, incidiu em incompetência, pois o ICMS é um imposto estadual e existe legislação estadual próprio para a matéria.

A imposição de multa decorrente de lançamento de ofício é tratada no artigo 35 da Lei Complementar 123/06, cujo teor transcrevo a seguir:

Art. 35. Aplicam-se aos impostos e contribuições devidos pela microempresa e pela empresa de pequeno porte, inscritas no Simples Nacional, as normas relativas aos juros e multa de mora e de ofício previstas para o imposto de renda, inclusive, quando for o caso, em relação ao ICMS e ao ISS.

Da leitura do dispositivo legal acima, não resta dúvida que a autuante tinha competência para lançar o ICMS exigido no Auto de Infração acompanhado de multa prevista na legislação tributária federal. Dessa forma, fica afastada a hipótese de aplicação das multas previstas na legislação tributária estadual.

Referindo-se especificamente à Infração 1, o autuado afirma que a multa indicada na autuação não poderia ser majorada para 150%, pois não ficou comprovado o “evidente intuito de fraude”.

Foi acertado o posicionamento da autuante quanto à multa indicada na autuação, pois a irregularidade apurada não se trata de mera omissão de receita. O procedimento irregular adotado pelo contribuinte é de natureza grave e deixa evidente o intuito de fraude, portanto, não há como se enquadrar a situação em análise no previsto na Súmula nº 14 do Primeiro Conselho de Contribuintes, citada na defesa.

Quanto aos cálculos efetuados pela autuante, o defensor apenas questiona a apuração da receita com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, questão que já foi afastada no início deste voto. Assim, restou comprovada a declaração de vendas, pelo contribuinte, em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, o que autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção. Uma vez que a improcedência da presunção legal não foi comprovada, a infração subsiste integralmente.

Especificamente quanto à Infração 2, o defensor questiona a apuração da receita com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, questão que já foi ultrapassada neste voto. No que tange ao recolhimento a menos do imposto devido na condição de empresa do Simples Nacional, os demonstrativos acostados ao processo comprovam a ocorrência da irregularidade imputada ao autuado e, portanto, a infração em tela é subsistente.

Quanto à multa indicada na autuação, ressalto que como já foi explicado neste voto, por força do disposto no art. 35 da Lei Complementar 123/06, as multas a serem aplicadas às microempresas e empresas de pequeno porte optante pelo Simples Nacional são as previstas na legislação do Imposto de Renda, inclusive quanto ao ICMS. Assim, no caso em análise, não há como se aplicar a multa prevista na legislação estadual, bem como não há o alegado equívoco na fundamentação do Auto de Infração. O lançamento está em conformidade com a legislação tributária aplicável.

No que tange ao pedido de redução ou de cancelamento de multa, não há como se atender o pleito defensivo, uma vez que se trata de multa por descumprimento de obrigação tributária principal, matéria que ultrapassa a competência das Juntas de Julgamento Fiscal. Poderá o autuado, querendo, requerer à Câmara Superior deste CONSEF, nos termos do art. 159 do RPAF/99, o pedido de dispensa ou redução de multa por infração de obrigação principal ao apelo de equidade, observando as condições ali previstas.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Regularmente cientificado da Decisão proferida pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal, o Sujeito Passivo interpõe Recurso Voluntário, tempestivo, colacionadas às fls. 220 a 227.

Referindo-se à apuração da base de cálculo do imposto que se exige, diz que a autuante valeu-se da “relação de proporcionalidade” obtida através de informações do SINTEGRA (informações

dos fornecedores do recorrente), de onde procedeu a segregação das mercadorias da substituição tributária. Afirma que a autuante, por meio de “*complexa matemática*”, “*encontrou o percentual de 61,91% do valor do faturamento total do mês, considerando os outros 38,09% como produtos de substituição tributária e por isso não devido ICMS*”.

Entende que a Autuante quando estabeleceu o roteiro de fiscalização, justificado por erros perpetrados pelo recorrente, tenta “*justificar um erro com outro*”. Aduz que mesmo que o recorrente tenha cometido a infração que lhe é imputada, não poderia ser punida excessivamente, já que as multas, por si só, já têm o condão punitivo.

Prosseguindo, entende que resta claro a que a Autuante, na apuração da base de cálculo, não poderia jamais levar em consideração apenas o percentual de entrada, pois, “*o total das vendas não irá condizer com os mesmos percentuais sem se levar em consideração a margem de lucro auferida em cada um dos produtos vendidos, separando-se os sujeitos à substituição tributária dos que não são*”.

Dizendo da sua surpresa com o julgamento da Junta de Julgamento Fiscal que acatou e manteve o método de apuração da base de cálculo do imposto que se exige, diz que a mesma Junta denegou o pedido de diligência que formulou, sob a alegação de que seria “*impraticável e desnecessária*”.

Aduzindo equívoco dos julgadores de primo grau, afirma que a diligência não seria impraticável porque “*...o percentual de lucro de um produto pode ser auferido a qualquer tempo ou época, podendo ser medido por meio de uma nota fiscal de entrada atual e o seu valor de venda atual*”, e não seria desnecessária porque ficaria determinado que “*...os percentuais aplicados serão em valores superiores aos percentuais de lucro auferidos, o que evidencia o provável excesso no auferimento da base de cálculo.*”

Dizendo-se idônea e cumpridora das suas obrigações, afirma que a Autuante considerou que o recorrente agiu de má-fé, aplicando-lhe a multa de 75%, que dobrada foi a 150%, conforme previsão do artigo 44 inciso I e § 1º da Lei Federal nº 9.430/96. Irresignada, diz que a autuante aplicou penalidade prevista em Lei Federal quando existe na legislação estadual expressa previsão, contida no art. 42, II, da Lei nº 7.014/96, devendo ser aplicada, para a conduta especificada pela Autuante, a multa prevista na Lei da Bahia.

Ainda sobre a multa, diz que tem excessivo caráter punitivo. Afirma que em que pese a multa prevista no artigo 44, inciso I, da Lei Federal nº 9.430/96 estabelecer multa de 75%, a Autuante, com o fim de aumentar a punição imposta ao Sujeito Passivo, enquadrou o recorrente como se tivesse cometido fraude fiscal, o que sequer foi suscitado, nem resta comprovado nos auto. Nesse sentido, pugnando pela desconstituição do agravamento da multa, destaca que a Constituição Federal preserva o direito de qualquer cidadão à presunção de inocência, pelo que não há que se falar em qualquer hipótese de fraude fiscal sem a devida comprovação.

Por derradeiro, requer que seja acolhido e provido o seu Recurso Voluntário interposto, para que seja declarada a nulidade do Auto de Infração em razão do incorreto roteiro de fiscalização utilizado para a determinação da base de cálculo do imposto que se exige ou, na hipótese de manutenção do Auto de Infração, que a multa aplicada seja substituída por aquela prevista no artigo 42 inciso II, da Lei nº 7.014/96, ou ainda que se aplique a legislação federal citada, sem o agravante previsto no § 1º do artigo 44, inciso I, da Lei Federal nº 9.430/96.

Na assentada de julgamentos do dia 20/03/2013, diante da impossibilidade de apuração do imposto devido com base nas saídas, decidiram os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal converter o feito em diligência à ASTEC/CONSEF, fl. 233, para que fosse intimada o recorrente a apresentar seus livros Registro de Entradas para, com base nos documentos entregues, que fossem separadas as operações da Substituição Tributária das normais, e elaboração de demonstrativo indicando o imposto devido para cada tipo de operação.

Em atendimento à diligencia requerida, a ASTEC exara Parecer nº 121/2013, fls. 236/237, no qual a Diligente relata as tentativas de obtenção da documentação necessária à execução dos trabalhos

requeridos, bem como as diversas prorrogações de prazo, concluindo que a “... Recorrente não apresentou os documentos e respectivos livros fiscais, e/ou notas fiscais e cupons fiscais para comprovar suas alegações recursais, inviabilizando, deste modo, o cumprimento da Diligência Fiscal solicitada.”

Cientificados do resultado da diligência, autuante e recorrente não se manifestaram.

Não há manifestação da PGE/PROFIS.

#### VOTO (Vencido quanto à preliminar de nulidade)

Trata o presente de Recurso Voluntário, tempestivo, 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 1<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal deste CONSEF, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do imposto exigido no presente Auto de Infração.

Cinge-se o Recurso Voluntário às infrações 1 e 2, que acusam o Sujeito Passivo de haver deixado de recolher ICMS referente a omissões de saídas de mercadorias tributadas, presumidas por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado por instituições financeiras e/ou administradoras de cartão e haver recolhimento a menos de ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, implicando no não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menos.

A tese recursal argui a nulidade do Auto de Infração, pois, considera que a forma através da qual a Autuante alcançou a base de cálculo do imposto exigido é incorreta. Aduz que o roteiro de auditoria aplicado e que estabeleceu uma proporcionalidade entre mercadorias sujeitas e não sujeitas à substituição tributária, tem bases em estimativas superficiais, registrando que tal proporcionalidade foi conseguida através do SINTEGRA (informações prestadas pelos fornecedores do recorrente).

A Junta de Julgamento Fiscal entendeu que a Autuante, diante do fato de que o recorrente deixou de declarar as efetivas receitas auferidas com mercadorias não enquadradas no regime de substituição tributária, bem como emitir nota fiscal sem discriminar as mercadorias comercializadas, viu-se obrigada aplicar o roteiro de auditoria que aplicou para apurar a proporção das operações sujeitas e não sujeitas ao regime de substituição tributária, tudo com base no art. 936 do RICMS/BA.

Vê-se que a discussão acontece derredor da constituição da base de cálculo do imposto que se pretende exigir do Sujeito Passivo, considerando a forma, os meios e métodos através dos quais se chegou à liquidez do lançamento.

Não pairam dúvidas quanto ao cometimento de ilícito fiscal. Tudo o quanto trazido aos autos, além do fato de que o recorrente deixou de atender às intimações derivadas da diligência fiscal determinada por esta 2<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal, leva à conclusão de que o Sujeito Passivo cometeu as infrações de que é acusado. Entretanto, entendo que assiste razão ao recorrente quando questiona a constituição do lançamento (base de calculo), que entendo, tem feição de arbitramento da base de cálculo do imposto, explico: A autuante, como consignado pela própria, na descrição dos fatos, considerando que o recorrente comercializa mercadorias da substituição tributária, fez uso de informações do SINTEGRA com o fim de segregar as mercadorias sujeitas ou não à substituição tributária, e estabelecer a proporcionalidade sobre as entradas.

*“O Recurso utilizado para estabelecer a relação de proporcionalidade existente entre as receitas com substituição tributárias e as receitas sem substituição tributária foram as informações contidas no Sintegra (Sistema integrado de informações sobre operações interestaduais com mercadorias e serviços) donde procedeu-se a segregação das receitas apuradas. Portanto a proporcionalidade aplicada teve origem nas entradas das mercadorias no estabelecimento do contribuinte informadas por terceiros (fornecedores)”.*

Pois bem, quanto à utilização de informações do SINTEGRA com informações prestadas por

terceiros, é assente o entendimento neste CONSEF de que tais dados devem servir como indícios do cometimento de ilícito fiscal, não tendo, pois, força probante, sem que sejam juntadas provas documentais adicionais necessárias à efetiva comprovação do delito fiscal.

No caso em tela, vejo que apesar de terem sido usados como elemento a compor e definir a base de cálculo do imposto informações colhidas no SINTEGRA, por via de roteiro de auditoria extremamente específico, verdadeiramente “*sui generis*”, a Autuante não juntou aos autos os elementos obtidos no referido sistema de informações da SEFAZ (SINTEGRA), não permitindo ao Sujeito Passivo a possibilidade de contraditar tais dados, o que resulta em atentado contra princípios consagrados pela Carta Magna do Brasil.

Avançando, vejo que a própria Autuante em sua informação fiscal, fls. 108 a 112, especificamente à fl. 110, afirma que fez uso dos dados do SINTEGRA porque o recorrente não apresentou o seu LRE. Ora, se a correta apropriação de valores a compor a base de cálculo do imposto que se exige podia ter sido feita por outros meios que não aqueles utilizados pela representante do fisco, vê-se, por consequência, que o lançamento está maculado de nulidade, pois, além de não considerar as possibilidades de aplicação do arbitramento, considerando a hipótese de que poderia ter sido feito em bases fáticas, não se poderia lançar o imposto cuja base de cálculo foi arbitrada. Nesse contexto, entendo claro que a autuante, em última análise, se valeu do instituto do arbitramento para lavrar o presente Auto de Infração sem a atenção devida aos preceitos que regem a aplicação de tal instrumento para determinação da base de cálculo do imposto a ser exigido, frisando que o manejo de tal ferramenta exige exímia destreza e perfeito atendimento ao regramento da matéria, sob pena de nulidade do lançamento, como entendo ser o caso.

É fato que o lançamento fiscal deve ser consistente o suficiente para que seja plenamente exigível, ou seja, o lançamento de ofício terá, obrigatoriamente, elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator. Nessa direção, é ofício do preposto do fisco coletar as provas do cometimento da infração, de maneira a que fique clara a ocorrência do ilícito fiscal, bem como da correta determinação da base de cálculo do imposto, sob pena de macular o lançamento.

Pelo exposto, entendo que são robustas as alegações recursais no sentido de que é nulo o Auto de Infração por falta de segurança na determinação da base de cálculo e da desobediência ao devido processo legal, porque foram utilizados dados obtidos no SINTEGRA, e tais dados não foram claramente trazidos aos autos, impedindo o contraditório e a ampla defesa.

Concluindo, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário interpuesto para tornar nulo o Auto de Infração, com base no art. 18, IV, “a”, do RPAF/Ba.

Com fundamento no art. 21 do mesmo diploma, recomendo, verificadas as possibilidades e conveniências, que seja refeita a fiscalização a salvo das falhas apontadas.

Submetida a preliminar acima referida à votação, decidram os membros da 2ª CJF, por maioria, afastar a nulidade suscitada, o que impõe a análise do mérito.

Por primeiro, apesar de entender nula a autuação, fato já superado, como dito alhures, também entendo que não pairam dúvidas quanto ao cometimento das infrações em comento. Nessa esteira, para a infração 1, resta patente que o recorrente deixou de declarar as receitas derivadas da comercialização de mercadorias não enquadradas no regime de substituição tributária, também deixando de emitir nota fiscal com a discriminação das mercadorias comercializadas. Ante aos fatos acima expostos, outra não poderia ser a conduta da Autuante senão a de realizar o levantamento fiscal com o fim de ver apurado o volume, em número percentual, das operações sujeitas ao regime de substituição tributária, como efetivamente feito. No particular, há que se registrar que a apuração do imposto devido deriva da aplicação do percentual apurado sobre a receita auferida pelo fiscalizado, conforme também apurado pelo preposto do fisco.

Merece registro que mesmo quando esta 2ª CJF converteu o feito em diligência à ASTEC com o propósito de que fosse o recorrente intimada a apresentar seus livros Registro de Entradas para,

com a finalidade de fossem separadas as operações da Substituição Tributária das normais, o recorrente, solenemente, deixou de atender às intimações do Fisco, restando consignado que a “... Recorrente não apresentou os documentos e respectivos livros fiscais, e/ou notas fiscais e cupons fiscais para comprovar suas alegações recursais, inviabilizando, deste modo, o cumprimento da Diligência Fiscal solicitada”.

Tal fato é relevante quanto se tivesse envidado esforços no sentido de se apurar a verdade dos fatos, tal intento foi frustrado pela próprio recorrente, restando claro que há havia, da sua parte, qualquer interesse em que a verdade viesse a lume, ainda que tais fatos pudessem, muito provavelmente, ser favorável aos seus interesses.

*Ex positis*, considerando as circunstâncias dos fatos, entendo que não há mérito, não que se fazer qualquer reparo à Decisão recorrida.

Quanto à multa incidente sobre a infração 1, no percentual de 150%, vejo que com relação à referida penalidade, prevista no art. 44, I, e § 1º, da Lei Federal nº 9.430/96, c/c o art. 35 da LC 123/06, há um equívoco na aplicação, 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 0139-01/03, 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 maquinações 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".*

Em assim sendo, reduzo a multa cominada à infração de 150% para 75%.

Quanto à infração 2, melhor sorte não tem o recorrente. O Fato é que quanto ao recolhimento a menos do imposto devido na condição de empresa do Simples Nacional, também não restam dúvidas quanto à ocorrência dos fatos imputados à Recorrente, quanto os demonstrativos elaborados pelo autuante são irrefutáveis, valendo lembrar que em relação à matéria, o recorrente não se insurge especificamente, o que denota a falta de questionamento em relação ao fulcro da autuação.

Quanto à multa cominada à infração 2, vejo que a Decisão de piso não merece reforma, haja vista que a norma insculpida no art. 35 da LC 123/06, tem prefeita aplicação ao caso.

Por tudo o quanto exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário e, de ofício, reduzo a multa cominada à infração 1, de 150% para 75%.

#### VOTO VENCEDOR (Quanto à Preliminar de Nulidade)

Permito-me divergir do ilustre Relator no que se refere à preliminar de nulidade.

Verifico, no presente processo administrativo fiscal, que a autuante apurou a existência de receitas que não foram incluídas pelo autuado no valor oferecido à tributação por meio do Simples Nacional.

Constatou, ainda, que a fiscalização, por não ter tido acesso aos documentos que permitiriam o cálculo da proporcionalidade de operações de saídas de mercadorias tributadas pelo regime da substituição tributária, efetuou uma proporcionalidade com base nos documentos de entradas de mercadorias fornecidos pelo SINTEGRA.

Na verdade, a agente fazendária deveria ter considerado toda a receita omitida como relativa a operações de saídas de mercadorias normalmente tributáveis, considerando que foi o próprio autuado que impedi o Fisco de averiguar a relação entre saídas de mercadorias normalmente tributáveis e aquelas incluídas no regime da substituição tributária.

Ao calcular a proporcionalidade acima relatada, a autuante beneficiou o contribuinte e, portanto, não há que se falar em nulidade da autuação, nos termos do artigo 18, § 2º, do RPAF/99, abaixo transcrito:

*Art. 18. São nulos:*

(...)

*§ 2º Não se declarará 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.*

Pelo exposto, não acato a nulidade do auto de infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria quanto à preliminar de nulidade, com voto de qualidade do presidente e, por unanimidade quanto ao mérito, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e, de ofício, reduzir a multa de 150% para 75%, homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 124267.0004/11-5, lavrado contra **MERCADINHO LIMA LTDA. (MERCADINHO OLIVEIRA LIMA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$15.012,20**, acrescido da multa de 75%, prevista no arts. 35, da Lei Complementar nº 123/06 e 44, I, da Lei Federal nº 9.430/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR (Preliminar de nulidade) - Conselheiros(as): Denise Mara Andrade Barbosa, Mônica Maria Roters e Carlos Fábio Cabral Ferreira.

VOTO VENCIDO (Preliminar de nulidade) - Conselheiro: José Antonio Marques Ribeiro, Daniel Ribeiro Silva e Rodrigo Lauande Pimentel.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de março de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR/VOTO VENCIDO  
(Preliminar de Nulidade)

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - VOTO VENCEDOR  
(Preliminar de Nulidade)

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS