

A. I. Nº - 152155.0027/13-0
AUTUADO - SÔNIA VARELA & FILHOS LTDA.
AUTUANTE - MARIA ANGÉLICA GÓES COSTA PINHEIRO
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
INTERNET - 03/06/2014

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0096-05/14

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. **a)** CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. VENDAS DE MERCADORIAS COM PAGAMENTOS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS PELAS ADMINISTRADORAS DOS CARTÕES [CONTRIBUINTE INSCRITO NO SIMPLES NACIONAL]. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS DE VALORES REFERENTES AO REGIME ESPECIAL UNIFICADO DE ARRECADAÇÃO DE TRIBUTOS E CONTRIBUIÇÕES DEVIDOS PELAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE, IMPLICANDO FALTA DE PAGAMENTO DE PARTE DO ICMS, EM VIRTUDE DE ERRO NA INFORMAÇÃO DA RECEITA. Fatos demonstrados nos autos. Alegação, sem provas, de que as operações autuadas resultaram de erro do contribuinte na quantificação e apuração dos valores registrada a título de vendas pagas através de cartão de crédito/débito, nos seus equipamentos emissores de cupom fiscal (ECF). Lançamentos mantidos. Corrigido o percentual da multa do primeiro lançamento, de 150% para 75%. 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 nº 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. Inexistência de dolo, fraude ou conluio, e por conseguinte não se trata de infração qualificada, e sim de infração pura e simples de omissão de saídas de mercadorias, punível com a multa 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. Afastadas as preliminares de nulidade do lançamento. Indeferido pedido de realização de diligência ou perícia fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 26/11/2013, para exigir ICMS, no valor de R\$ 26.753,91, com as seguintes imputações:

INFRAÇÃO 1 – Omissão de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de venda com pagamento de em cartão de crédito ou débito em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões. Períodos autuado: fev, mar, abr, mai, jul, set, out, nov e dez de 2009; jan a dez de 2010; jan a dez. de 2011. Valor exigido: R\$ 23.960,71. Multa aplicada: 150%, prevista no art. 44, inc. I e § 1º, da Lei Federal nº 9.430/96, com a redação dada pela Lei nº 11.488/07.

INFRAÇÃO 2 – Efetuou recolhimento a menor do ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de pequeno Porte – Simples Nacional – implicando, desta forma, em não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro da informação da receita e/ou de alíquota aplicada a menor. Período autuado: jan, mai, jun, ago e dez de 2009, fev a dez de 2010; e, jan a dez de 2011. Valor exigido: R\$ 2.793,20. Multa: 75%, prevista no art. 44, inc. I, da Lei Federal nº 9.430/96, com a redação dada pela Lei nº 11.488/07.

Foi apresentada DEFESA às fls. 114/117, subscrita pelo contador do contribuinte autuada, habilitado através da procuração juntada nos autos (doc. fl. 119).

Ao se debruçar sobre os motivos da autuação, a defesa arguiu, em razões preliminares, NULIDADE do Auto de Infração por FALTA DE CLAREZA E OBJETIVIDADE. Ressaltou que a forma como fora elaborado o Auto de Infração não possui respaldo legal, clareza e objetividade suficientes para a Autuada conhecer o que lhe esta sendo objetivamente atribuído como devido, resultando na impossibilidade de uma investigação mais criteriosa e rigorosa dos itens que lhe foram imputados. Invocou a aplicação do art. 18 do RPAF/99 e a Súmula nº 01, do CONSEF.

Em seguida discorreu que o Auto de Infração resultou de atividades de fiscalização decorrentes de quebra de sigilo bancário, em violação a direitos assegurados na CARTA MAGNA (art. 5º, inc. XII, da CF/1988), norma transcrita na peça de defesa.

Disse que em nenhum momento autorizou e/ou foi judicialmente oficiada determinar que “*instituição financeira e/ou administradora de cartão de credito*” a fornecer a Autoridade Fiscal do Estado da Bahia dados de sua movimentação bancária, ou seja, dados que sustentam a exigência tributária.

Disse que em recente julgamento, o Supremo Tribunal Federal, através de seu pleno reconheceu que só é possível a quebra do sigilo bancário dos contribuintes pela Fazenda Pública mediante autorização judicial, estando em discussão proposta de súmula vinculante sobre o referido julgamento, conforme determina a Lei nº 11.417/2006.

No mérito, sustenta a improcedência do Auto de Infração. Entende que houve arbitramento da base de cálculo do imposto, pois na omissão de saídas apuradas, não considerou a totalidade das vendas, que estão documentadas por cupom fiscal, emitidos por equipamento ECF, cujo uso foi devidamente autorizado pela Secretaria da Fazenda, registradas nos livros da Autuada, regularmente declaradas em DASN (Declaração de Simples Nacional), com recolhimento dos impostos devidos.

Mais à frente afirmou ter incorrido no cometimento de erro de fato. A empresa teria registrado vendas realizadas mediante pagamento com cartões de credito/debito, nos totalizadores referentes a operações a vista ou com pagamento com cheque. Que se tal verificação fosse efetuada no procedimento fiscal, o auto de infração não teria sido lavrado.

Requeru a revisão do feito por fiscal estranho ao feito, formulando os seguintes quesitos:

1. Existem vendas realizadas mediante pagamento com cartão de credito/debito, registrados no totalizador vendas a vista;
2. Existem vendas realizadas mediante pagamento com cartão de credito/debito, registrados no totalizador vendas com cheque;

Disse ainda o contribuinte que os procedimentos adotados foram realizados sem intenção de dolo, má fé, ou simulação, caracterizando tão somente em descumprimento de obrigação acessória, que pode e deve ser cancelada por ação deste Egrégio Colegiado.

No tocante à imputação por recolhimento a menor do ICMS declarado declarou que as vendas glosadas são originárias da falsa omissão, como também do arbitrado “recolhimento a menor do ICMS devido, quando da emissão da DAS (documento de arrecadação do supersimples). Que o

novo cálculo realizado pela autuante adicionou às receitas declaradas, e, portanto em duplicidade, as desconsideradas no feito fiscal, como realizadas por meio de outras formas de pagamento. Reiterou que as outras formas de pagamentos praticadas pela empresa não foram objeto da fiscalização, pois não constam em papéis de trabalhos e outros levantamentos juntados ao processo em lide.

Para provar o alegado, a Autuada requereu a produção de todos os meios de prova em direito admitidos, como revisão por fiscal estranho ao feito, perícia nos livros e documentos contábil-fiscais da Autuada, juntada posterior de documentos, etc.

Ao finalizar a peça defensiva o contribuinte formulou pedido pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Foi apresentada informação fiscal, apensada às fls. 121 a 125 do PAF. Nesta peça a autuante, declara inicialmente que a defesa interposta tem duas preliminares a serem contestadas, que não devem prosperar:

Consignou que o auto de infração obedeceu todas as formalidades listadas nos artigos 142 a 144 do CTN. Observou que a atividade de lançamento é vinculada. Que utilizou o sistema já consagrado para a confecção do auto de infração, o SEAI, desenvolvido e largamente utilizado pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia. Pelo sistema, constam todos os requisitos exigidos pela legislação, ou seja, o local, a data e a hora da lavratura (fls. 1); a fiel descrição do fato infringente (infrações 1 e 2, fls. 01 e 02), a capitulação legal e a penalidade aplicável (fls. 01 e 02), o prazo de trinta dias para que o infrator cumpra ou impugne a autuação (fls. 03, ao lado do total do débito), a assinatura do agente autuante e seu cargo, bem como o número da matrícula (fls. 03, abaixo do total do débito). Todos os relatórios elaborados pela autuante e o sistema de autuação foram colacionados às fls. 12 a 18, 44 a 50 e 77 a 83, e, recebidos pelo contribuinte, conforme comprovado pela sua assinatura e recibo de arquivos magnéticos de fls. 109. Frisou ainda o auto de infração foi devidamente arrumado conforme índice de fls. 08.

Discorreu sobre a sistemática da autuação nos seguintes termos: “o total do faturamento informado foi através dos PGDAS emitido pelo próprio contribuinte, às fls. 20 a 43, 52 a 75 e de 84 a 107. Este faturamento difere o informado pelas administradoras de cartão de crédito, conforme relatório TEF de fls. 19, 51 e 76. Esta discrepância no faturamento foi apurada pelo sistema AUDIG, gerando, em consequência, nova base de cálculo e ICMS a pagar, conforme relatórios AUDIG de fls. 12 a 18, 44 a 50 e de 77 a 83”.

Entende, portanto, que a preliminar de nulidade relativa à falta de clareza e objetividade do A.I. não merece ser acolhida.

Quanto à alegada quebra de sigilo, também sustenta a inexistência do vício apontada pela defesa. Citou como paradigma desse entendimento a decisão exarada pelo TRF da 2ª Região, formata nos seguintes termos:

TRF-2 - AC - APELAÇÃO CÍVEL - : AC 200751100082766

MANDADO DE SEGURANÇA - CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO - QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO - INFORMAÇÕES OBTIDAS DE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS E ADMINISTRADORAS DE CARTÕES DE CRÉDITO - LEI COMPLR Nº 105/2001 - LEI Nº 10.174/2001 - LEI Nº 9.311/96. POSSIBILIDADE.

Publicado por Tribunal Regional Federal da 2ª Região - 7 meses atrás

Dados Gerais

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA - CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO - QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO - INFORMAÇÕES OBTIDAS DE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS E ADMINISTRADORAS DE CARTÕES DE CRÉDITO - LEI COMPLR Nº 105/2001 - LEI Nº 10.174/2001 - LEI Nº 9.311/96. POSSIBILIDADE.

1- A norma que permite a utilização de informações bancárias para fins de apuração de crédito tributário, por ser de natureza procedimental, tem aplicação imediata, alcançando mesmo fatos pretéritos (art. 144, §

1º, do CTN). 2- O sigilo bancário, que é espécie de direito à privacidade, que a Constituição protege (art. 5º, X), não é um direito absoluto, que deve ceder diante do interesse público, do interesse social e do interesse da Justiça; certo é, também, que ele há de ceder na forma, com observância do procedimento estabelecido em lei e com respeito ao princípio da razoabilidade 3- A Constituição Federal impede o acesso a ações comunicativas, podendo, entretanto, os dados comunicados ou armazenados, como é o caso dos dados bancários, serem acessados quando há um interesse maior dando suporte a tanto. 4- O acesso a informações junto a instituições financeiras e administradora de cartões de crédito, para fins de apuração de ilícito fiscal, não configura ofensa ao princípio da inviolabilidade do sigilo bancário, desde que cumpridas as formalidades exigidas pela Lei Complementar 105/2001 e pelo Decreto 3.724/2001. 5- O procedimento de quebra do sigilo bancário conferido à Administração Pública, sem prévia autorização judicial, não importa em arbitrariedade, porquanto resta garantida ao contribuinte a observância do devido processo administrativo, até porque se impõe ao Fisco o sigilo sobre os dados obtidos em relação a outros fins, diversos dos tributos. Ademais, o contribuinte terá a possibilidade de recorrer ao Judiciário, no caso de atuação arbitrária da autoridade fiscal. 6- Recurso improvido.

No mérito, afirma que as alegações defensivas objetivam induzir em erro o julgador do CONSEF. Entende ser totalmente descabidas as razões de defesa visto que a peça impugnatória não há comprovação dos fatos mencionados, sequer, uma nova planilha, com apontamentos de quaisquer erros em valores e/ou cálculos do levantamento fiscal que resultou na apuração ICMS. Declarou que a defesa se limitou a apresentar meras e singelas alegações. Não trouxe nos autos qualquer prova capaz de elidir o feito fiscal.

Entende ainda a autuante que o pedido de revisão fiscal por prepostos estranhos ao feito é descabido.

Mais à frente discorreu que o levantamento do *quantum* apurado foi com base no arquivo MFD, fornecido pela própria empresa, não devendo, portanto prosperar os questionamentos levantados à fl 116. Se efetivamente ocorreram vendas conforme exposto nos quesitos 1 e 2, formulados pela defesa, à fl 116, não competiria à autuante adentrar no mérito da questão, pois os levantamentos efetuados foram com base no arquivo MFD, cujo aplicativo foi autorizado através do Ato COTEPE 17/04 e notas fiscais emitidas e apresentadas pela empresa, sendo então confrontado pelo arquivo da Administradora de cartões.

Ao concluir a peça informativa a autuante pede pela total PROCEDÊNCIA DO AUTO DE INFRAÇÃO.

VOTO

Da análise do processo verifico que o contribuinte foi autuado em razão de dois fatos inter-relacionados, dentro da sistemática de apuração ICMS no Simples Nacional (Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte). As imputações fiscais são as seguintes: a) Omissão de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de venda com pagamento de em cartão de crédito ou débito em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões; b) Efetuou recolhimento a menor do ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de pequeno Porte – Simples Nacional – implicando, desta forma, em não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro da informação da receita e/ou de alíquota aplicada a menor.

O contribuinte argui duas preliminares obstativas de exame do mérito da exigência fiscal: a) NULIDADE do Auto de Infração por FALTA DE CLAREZA E OBJETIVIDADE da peça acusatória; b) quebra de sigilo bancário, posto que o A.I. se baseou em informações prestadas por administradoras de cartão de crédito/débito sem anuência do contribuinte ou sem determinação de entrega ao fisco, via ordem judicial.

Compulsando os autos, observo que o lançamento tributário de ofício atende as normas regulamentares, em especial quanto ao cumprimento dos requisitos formais, contidos nos artigos 15, 16, 19, 22, 26, 28, 38, 39, 41, 42, 44, 45 e 46, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia - RPAF/99.

A infrações estão claramente descritas, foram corretamente tipificadas e têm suporte nos demonstrativos, arquivos magnéticos e documentos fiscais contidos ou mencionados nos autos, cujas cópias foram entregues ao contribuinte. As imputações foram determinadas com segurança, com plena e perfeita identificação do infrator.

O contribuinte exerceu o direito de ampla defesa e contraditório demonstrando pleno conhecimento dos fatos arrolados no auto de infração. Ressalto que os documentos fiscais dos quais derivou a autuação foram apresentadas pela própria autuada e confrontados com as informações fornecidas pelas administradoras de cartão de crédito e débito.

Não procede a alegação de cerceamento de defesa por falta de clareza e objetividade dos fatos imputados. Não acolho, portanto, a 1ª preliminar de invalidade suscitada pela defesa.

No tocante à segunda preliminar de invalidade do PAF, observo que não se trata de quebra de sigilo bancário pela fiscalização, como entendeu o autuado, haja vista que de acordo com o art. 35-A da Lei 7.014/96, as administradoras de cartão de crédito ou de débito deverão informar ao fisco estadual o valor referente a cada operação ou prestação efetuada por contribuintes do imposto através de seus sistemas de crédito, débito ou similares. Neste caso, a autuante efetuou o levantamento fiscal utilizando os dados fornecidos pelas administradoras de cartões, inexistindo a necessidade de autorização judicial para obter os referidos dados, já que se trata de previsão legal.

Ademais conforme foi destacado na informação fiscal, na transcrição do Acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Processo AC nº 200751100082766), Desembargador Federal Luiz Antonio Soares), as decisões judiciais no Brasil, vêm se posicionando pela possibilidade de quebra de sigilo bancário pelo fisco, sem prévia autorização judicial, porque resta garantida ao contribuinte a observância do devido processo administrativo, até porque se impõe ao fisco o sigilo sobre dados obtidos em relação a outros fins diversos dos tributos. Por sua vez, ao contribuinte é sempre assegurada a possibilidade de recorrer ao Judiciário, no caso de atuação arbitrária da autoridade fiscal. Não acato também esta 2ª preliminar.

No mérito o 1º lançamento em discussão nestes autos cuida de omissão de saída de mercadoria tributada (operações tributáveis), presumida por meio de levantamento de vendas com pagamentos em cartões de crédito ou de débito, em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões, sendo lançado ICMS acrescido da multa de 150%.

O 2º lançamento diz respeito recolhimento a menos de valores referentes ao Simples Nacional, implicando o não recolhimento de parte do ICMS, em virtude de erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menor. A 2ª infração é decorrente da 1ª, conforme veremos mais à frente.

O autuado na defesa negou os fatos. Alega que as vendas foram realizadas através de equipamento emissor de Cupom Fiscal (ECF) contendo tanto as vendas em dinheiro quanto as vendas realizadas através de cartões de crédito/débito. Porém, alegou como fato modificativo do lançamento, ter incorrido em erro nas operações com dos equipamentos, registrando diversas vendas em cartão como sendo vendas em espécie. Pediu a realização de diligência ou perícia para elucidar o quanto afirmado.

Indefiro o pedido de revisão do feito, pois, conforme observou a autuante na fase de informação fiscal, o contribuinte não anexou nenhuma planilha de cotejamento de suas vendas diárias com os relatórios fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito, ainda que por amostragem. Também não juntou nenhum documento que atestasse a veracidade dos fatos alegados na peça impugnatória.

Tendo em vista que o contribuinte não demonstrou que o levantamento fiscal contivesse erros materiais, concluo, no mérito, que as diferenças apuradas realmente existem, e devem ser todas apropriadas às operações via cartão de crédito ou débito.

Observo ainda que o cálculo do Simples é feito com base na “receita bruta”, isto é, da “receita

bruta tributável”. Conforme enfatizou o julgador José Bizerra Lima Irmão, no Acórdão nº 0217-01-13: *“O Simples não é um tributo. O Simples é um aparato técnico-jurídico de apuração, recolhimento e repartição de tributos, mediante um regime único de arrecadação, mas não constitui uma espécie nova de tributo”*.

Considerando a sistemática de tributação do SIMPLES NACIONAL que leva em consideração o faturamento da empresa, quando a fiscalização encontra receitas não declaradas e as acrescenta às que foram informadas pelo contribuinte, a depender do volume da receita omitida, decorre às vezes, alterações da alíquota incidente, o que pode mudar a faixa de alíquota incidente.

A título de exemplo, transcrevo as considerações do julgador Ildemar José Landim, integrante desta 5ª JF, por ocasião da sessão de julgamento deste PAF:

“(…) apenas para efeito didático, se uma receita informada de R\$100.000,00 reais pelo contribuinte, implica em uma hipotética alíquota de 1%, o valor de ICMS apurado e pago pelo contribuinte é de R\$1.000,00. Assim, ainda por hipótese, constatando-se uma receita não declarada de mais R\$100.000,00, a base de cálculo apurada pelo fisco passa a ser R\$200.000,00 e admitamos que a alíquota hipotética neste caso, seja majorada para 2%. Neste caso, a apuração do imposto alcança R\$4.000,00(2% de R\$200.000,00) e como foi pago e lançado pelo contribuinte, o valor de R\$1.000,00, a diferença total a recolher é de R\$3.000,00.

No entanto o fisco fraciona este valor apurado em duas partes, uma por recolhimento a menos e outra por falta de recolhimento. Isto ocorre porque uma vez obtida a nova alíquota de 2%, ao se calcular o imposto devido sobre o que o contribuinte declarou (R\$100.000,00), o valor apurado sobre a receita declarada pelo contribuinte passa a ser R\$2.000,00 e como foi pago R\$1.000,00 lança-se a diferença de R\$1.000,00 como ICMS pago a menos.

Já na parte da receita omitida, no caso exemplificado, de R\$100.000,00 aplicando-se a alíquota nova de 2%, obtém-se o valor de R\$2.000,00, que é lançado como “falta de recolhimento do imposto”. Observa-se que os dois valores lançados (R\$1.000 e R\$2.000) quando somados, alcança o mesmo valor da diferença de R\$3.000,00, calculados sobre o valor total encontrado pela fiscalização, a partir da nova receita de R\$200.000,00.

No caso concreto e observando a metodologia de apuração do imposto do Simples apresentada acima, verifico que à fl. 17 do PAF, que o demonstrativo do ICMS do Simples Nacional aponta que, no mês de maio de 2009, o TOTAL DE ICMS A RECOLHER, no Auto de Infração, é de R\$ 222,19, mas este imposto foi fracionado em dois lançamentos. O primeiro, é o valor de ICMS devido pela omissão de cartão de crédito, que é de R\$ 69,76, lançado na infração 1; e o segundo, pelo recolhimento a menos de imposto no valor de R\$152,43, lançado na infração 2. Somando-se estes dois valores, obtém-se o mesmo total apurado de R\$ 222,19 (detalhamento apresentado no demonstrativo fl. 17, que serviu de suporte para a lavratura do Auto de Infração).

Portanto, não acato a tese defensiva de que a infração 2 configurou cobrança em duplicidade de imposto em violação à lei que proíbe o “*bis in idem*” na seara do Direito Tributário.

Todavia, resta apreciar, neste processo, um aspecto que, embora não tenha sido questionado pelo contribuinte, diz respeito à estrita legalidade, razão pela qual tenho o dever, como julgador, de suscitá-lo de ofício.

Adoto neste caso a mesma fundamentação construída pelo eminente julgador José Bizerra Lima Irmão, da 1ª JF, no Acórdão nº 0217/01-13. A questão que suscitada diz respeito à multa do item 1º de 150%.

Verifico que a descrição do fato neste item 1º omitiu um dado fundamentalíssimo: não é dito que o autuado é optante pelo regime do Simples Nacional. Na tipificação da multa desse item 1º, foi indicado o art. 44, I, e § 1º, da Lei Federal nº 9.430/96. Ocorre que a multa prevista no inciso I do art. 44 da referida lei é de 75%, e não de 150%, como foi posta no Auto. Se a multa do item 1º fosse de 150%, a do item 2º também seria de 150%.

Demonstrarei que a autuante aplicou erroneamente a multa de 150% no item 1º, em vez de 75%.

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 nº 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 a 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 levantamento de vendas com pagamentos em cartões de crédito ou débito em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões, 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.

A multa do item 1º, tal como a do item 2º, é de 75%, conforme prevê o art. 44, I, da Lei Federal nº 9.430/96.

Pelas razões acima expostas, voto é pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, porém corrigindo a multa do item 1º para 75%.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **152155.0027/13-0**, lavrado contra **SÔNIA MARIA & FILHOS LTDA.**, devendo o autuado ser intimado a efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$26.753,91**, acrescido da multa de 75%, previstas no art. 44, I, da Lei Federal nº 9.430/96, c/c o art. 35 da Lei Complementar nº 123/06, e dos acréscimos legais.

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

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - PRESIDENTE

TOLSTOI SEARA NOLASCO - RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - JULGADOR