



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ  
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO  
Conselho de Recursos Tributários - 4ª Câmara de Julgamento

RESOLUÇÃO Nº: 069 /2017

5ª SESSÃO ORDINÁRIA DE 10/02/2017

PROCESSO Nº 1/1452/2013

AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/201305330

RECORRENTE: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

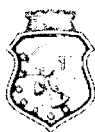
RECORRIDO: NAYARA SOUZA DE MELO DANTAS

CGF: 06.987.689-4

CONSELHEIRA RELATORA: ALICE GONDIM SALVIANO DE MACEDO

**EMENTA:** ICMS – DIFERENÇAS DE BASES DE CÁLCULO NÃO INFORMADAS POR OPTANTE DO SIMPLES NACIONAL 1 – A empresa deixou de informar ao Fisco operações sujeitas à tributação do ICMS no ano de 2008, com infração aos arts. 13, inciso VII; 18; 25 da Lei Complementar nº. 123/2006. 2 – Imposta a penalidade preceituada no art. 44, inciso I da Lei nº. 9.430/96, agravada em metade, na forma do parágrafo 2º do referido dispositivo legal, por embaraço à fiscalização. 3 – Metodologia que levou em consideração as operações de venda descritas nas notas fiscais apresentadas pela empresa e também obtidas junto ao Sistema Cometa, com observância das alíquotas correspondentes à receita bruta acumulada nos 12 meses anteriores a cada período de apuração considerado, na forma do art. 18 da Lei Complementar nº. 123/2006. 4 – Mera incorreção do dispositivo da penalidade aplicada, que não altera o valor do crédito tributário lançado e não causa prejuízo algum para a defesa, não tem o condão de anular o ato administrativo, na forma do §6º do art. 84 da Lei nº. 15.614/2014. 5 – Reexame Necessário conhecido e provido para reformar a decisão de parcial procedência proferida em 1ª Instância, pela **PROCEDÊNCIA** da acusação fiscal. 6 – Decisão à unanimidade de votos, em conformidade com o parecer da Consultoria Tributária, referendado pelo douto representante da PGE.

**PALAVRAS-CHAVE:** ICMS – DIFERENÇAS DE BASES DE CÁLCULO NÃO INFORMADAS POR OPTANTE DO SIMPLES NACIONAL – PROCEDÊNCIA DA ACUSAÇÃO FISCAL – MERA INCORREÇÃO DO DISPOSITIVO DA PENALIDADE APLICADA QUE NÃO ALTERA O VALOR DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO LANÇADO E NÃO CAUSA PREJUÍZO PARA A DEFESA. n



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ  
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO  
Conselho de Recursos Tributários - 4ª Câmara de Julgamento

**01 – RELATÓRIO**

A peça inicial imputa à empresa em epígrafe o cometimento de infração à legislação tributária federal, conforme relato que se transcreve a seguir:

*“Diferença de base de cálculo identificada p/ levantamento financeiro/fiscal/contábil confrontado com a declaração anual do Simples Nacional – DASN (agravamento de infração comum). Valores apurados pela auditoria no levantamento apontam diferença na base de cálculo entre os valores informados na DASN e os valores levantados pela fiscalização, agravado pelo embaraço a fiscalização”.*

Apontada infringência aos arts. 13, inciso VII; 18; 25 da Lei Complementar nº. 123/2006, foi-lhe exigido o ICMS do período de 01/2008 a 12/2008, resultante da aplicação das alíquotas relativas ao Simples Nacional sobre a diferença de base de cálculo identificada através da PLANILHA DE FISCALIZAÇÃO DE EMPRESAS DO SUPER SIMPLES, conforme documentos de fls. 04 a 368 dos autos.

Segundo ‘DADOS DA INFRAÇÃO’, foi ainda imposta penalidade preceituada no art. 44, inciso I, §1º da Lei nº. 9.430/96 e da Lei nº. 11.488/2007.

**Demonstrativo do Crédito (R\$)**

Base de Cálculo	-
ICMS	115.507,04
Multa	129.945,37
<b>TOTAL</b>	<b>245.452,41</b>

A empresa foi intimada do feito mas ficou-se revel.

Em decisão de 1ª Instância, o julgador singular entendeu pela PARCIAL PROCEDÊNCIA da acusação fiscal, para reduzir a multa aplicada para R\$ 86.630,28 (oitenta e seis mil, seiscentos e trinta reais e vinte e oito centavos), de onde se destacam os seguintes fundamentos:

*“a) o ICMS devido pela empresa com atividade de comércio optante do Simples Nacional varia de acordo com a receita bruta auferida no período. Considerando que a diferença apurada pelo Fisco é na ordem de R\$ 3.003.590,26, deve ser aplicada a alíquota de 3,85% sobre este valor, conforme tabela que ora se anexa ao processo;”*



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ  
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO  
Conselho de Recursos Tributários - 4ª Câmara de Julgamento

---

b) *dessarte, o valor do imposto importaria em R\$ 115.638,22 e não R\$ 115.507,04, conforme lançado pela autoridade fiscal, todavia ante a impossibilidade de majorar o crédito tributário no que tange ao tributo, há de se confirmar o lançamento;*

c) *o autuante aplicou a penalidade do art. 44, I da Lei 9.430/96, utilizando a agravante constante do seu §1º, tendo em vista as duas autuações por embarço nesta mesma ação fiscal;*

d) *todavia da exegese do dispositivo abaixo transcrito, depreende-se que o autuante equivocou-se em tal aplicação [...];*

e) *citado comando legal somente prevê a duplicação da penalidade nos casos de sonegação, fraude e conluio, nos termos da Lei 4.502/64 [...];*

f) *dessarte, o motivo invocado pela autoridade fiscal para agravar a multa não encontra guarida no §1º do art. 44, I da Lei 9.430/96, razão pela qual deve ser afastada a sua aplicação;*

g) *isto posto, a penalidade deve ser aplicada em sua forma simples, qual seja, 75% (setenta e cinco por cento) sobre o valor do imposto lançado”.*

Os autos subiram a esse Conselho por força do reexame necessário, na forma do art. 104, §1º, da Lei 15.614/2014.

A Assessoria Processual-Tributária, por sua vez, em parecer referendado pelo douto representante da PGE, manifestou-se pela reforma da decisão de 1ª instância, para que fosse reconhecida a PROCEDÊNCIA da acusação fiscal.

É o relatório.

---

## 02 – VOTO DA RELATORA

---

Trata-se de Reexame Necessário contra decisão de parcial procedência proferida em 1ª Instância. O recurso preenche as condições de admissibilidade, razão pela qual dele conheço. n

O auto de infração versa sobre a apuração de diferenças de base de cálculo do ICMS em procedimento de fiscalização instaurado em face de empresa optante pelo Simples Nacional, sujeita que está à Lei Complementar Federal nº. 123/2006 e demais normas correlatas.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ  
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO  
Conselho de Recursos Tributários - 4ª Câmara de Julgamento

---

O trabalho fiscal procurou remontar as operações de saída da contribuinte mediante documentos fiscais por ela apresentados, busca no Sistema Cometa e arbitramento nos casos em que a sequência de notas era quebrada (art. 31, parágrafo único do Decreto 24.569/97), tendo o cuidado de juntar aos autos os documentos que deram suporte ao seu levantamento.

As operações que deixaram de ser tributadas foram transportadas para a 'Planilha de Fiscalização de Empresas Optantes do Simples Nacional' e sobre elas foi multiplicado, mês a mês, o percentual da alíquota de ICMS correspondente a cada faixa da receita bruta acumulada nos últimos 12 meses, na forma do Anexo I da Lei Complementar nº. 123/2006 (Alíquotas e Partilha do Simples Nacional – Comércio). Para os meses em que as operações ultrapassaram o sublimite estadual de receita bruta anual, foi aplicada alíquota de 4,21% sobre a parcela excedente.

A metodologia está destacada às fls. 298/300 dos autos, e tem por base a legislação complementar federal, a qual dispõe, no que tange à determinação da alíquota, a necessidade de ser observada a receita bruta acumulada nos 12 (doze) meses anteriores a cada período de apuração. Nesse sentido, a alíquota pode variar a cada mês, a depender da receita bruta acumulado dos períodos anteriores.

É o que dispõe o art. 18 da Lei Complementar nº. 123/2006, em sua redação vigente à época dos fatos geradores (2008):

Redação original:

*Art. 18. O valor devido mensalmente pela microempresa e empresa de pequeno porte comercial, optante pelo Simples Nacional, será determinado mediante aplicação da tabela do Anexo I desta Lei Complementar.*

*§ 1o Para efeito de determinação da alíquota, o sujeito passivo utilizará a receita bruta acumulada nos 12 (doze) meses anteriores ao do período de apuração.*

Tem-se, portanto, que a autoridade fiscal agiu de forma correta, ao aplicar alíquotas diferenciadas em cada mês do levantamento e não a alíquota única de 3,95% mencionada nos itens 'a' e 'b' da decisão de 1ª instância, vez ter levado em consideração cada faixa de receita bruta acumulada pela empresa autuada dos últimos 12 meses a cada período de apuração, e ainda as majorações pela ultrapassagem do sublimite estadual. n

Por tal motivo, entendo que merece ser mantida a autuação do principal de ICMS da forma como lançado, no valor de R\$ 115.507,04 (cento e quinze mil, quinhentos e sete reais e quatro centavos).



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ  
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO  
Conselho de Recursos Tributários - 4ª Câmara de Julgamento

No tocante à penalidade, nos itens 'c' e seguintes, o julgador de 1ª instância reenquadrou a multa agravada para sua forma simples, equivalente ao percentual de 75% sobre o valor do principal omissivo, nos termos do art. 44, inciso I da Lei nº. 9.430/96, segundo entendimento de que o motivo que teria levado a fiscalização a majorar (duplicar) a multa não encontraria respaldo nos casos de sonegação, fraude ou conluio de que trata o §1º do citado art. 44. Sobre esse aspecto, entendo que merece reforma a decisão de 1ª instância. Explica-se.

Muito embora no campo 'DADOS DA INFRAÇÃO - PENALIDADE' a autoridade fiscal tivesse utilizado como fundamento da multa aplicada o art. 44, inciso I, §1º da Lei nº. 9.430/96, o qual estabelece a duplicação da penalidade de 75% para casos de lançamento de ofício com sonegação, fraude ou conluio, na realidade a multa não foi duplicada, mas aumentada de metade, resultando não no percentual de 150%, mas de 112,5% (75% + 37,5%).

O simples cálculo aritmético que compõe a folha inicial do auto já demonstra qual percentual da multa foi efetivamente aplicado:

Principal	115.507,04
Alíquota	112,5%
Multa	129.945,37

Não bastasse isso, as planilhas de fls. 301 e demais elementos do processo são suficientes para se chegar a essa conclusão.

Outrossim, destaque-se que nas informações complementares, a fiscalização cuidou de justificar o motivo do agravamento da multa, decorrente do embaraço à fiscalização, por não ter a empresa autuada apresentado diversos documentos obrigatórios: livros caixa, inventário, registro de entrada e várias notas fiscais emitidas.

Todos esses motivos suficientes para enquadramento da majorante prevista no §2º do art. 44 da Lei nº. 9.430/96, com redação dada pela Lei nº. 11.488/2007, *in verbis*:

*Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:*

*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;*

[...]



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ  
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO  
Conselho de Recursos Tributários - 4ª Câmara de Julgamento

---

*2o Os percentuais de multa a que se referem o inciso I do caput e o § 1o deste artigo serão aumentados de metade, nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para:*

*I - prestar esclarecimentos;*

*II - apresentar os arquivos ou sistemas de que tratam os arts. 11 a 13 da Lei no 8.218, de 29 de agosto de 1991;*

*III - apresentar a documentação técnica de que trata o art. 38 desta Lei.*

O erro na indicação de parte do dispositivo legal que fundamenta a aplicação da penalidade, nesse caso, trata-se de mera incorreção que não tem o condão de anular a peça acusatória, visto que: a) tal elemento não trouxe qualquer modificação ao montante do crédito tributário já lançado, b) não houve qualquer prejuízo para a defesa, vez que todos os demais elementos do processo são suficientes à determinação do sujeito passivo, natureza da infração e do próprio crédito tributário, como já mencionado.

Sobre irregularidades, já dispõe o art. 84 da Lei nº. 15.614/2014, que rege o processo administrativo tributário, *in verbis*:

*Art. 84. Omissis.*

*[...]*

*§ 6º As incorreções ou omissões do auto de infração e a inobservância de exigências meramente formais que não constituam prejuízo à defesa não acarretam a nulidade do ato administrativo, desde que haja elementos suficientes e possíveis à determinação do sujeito passivo, a natureza da infração e o montante do crédito tributário.*

*§ 7º Estando o processo administrativo-tributário em fase de julgamento, a ausência ou o erro na indicação dos dispositivos legais e regulamentares infringidos e dos que cominem a respectiva penalidade, constantes do auto de infração, serão corrigidos pela autoridade julgadora, de ofício ou em razão de defesa ou recurso, não ensejando a declaração de nulidade do lançamento, quando a infração estiver devidamente determinada.*

*JA* 6



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ  
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO  
Conselho de Recursos Tributários - 4ª Câmara de Julgamento

§ 8º Nenhum ato será declarado nulo se da nulidade não resultar prejuízo para as partes.

Nesses termos, entendo pela manutenção da autuação da forma como lançada pela autoridade fiscal, seja no que se relaciona aos valores exigidos a título de principal, seja a título de multa, estando a merecer reforma a decisão de 1ª instância.

*Ex positis*, voto para que se conheça do reexame necessário, dando-lhe provimento para reformar a decisão de parcial procedência proferida em 1ª instância, no sentido de julgar pela **PROCEDÊNCIA** da acusação fiscal.

É como VOTO.

**03 – DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO**

Demonstrativo do Crédito (R\$)	
Base de Cálculo	-
ICMS	115.507,04
Multa	129.945,37
<b>TOTAL</b>	<b>245.452,41</b>

**04 – DECISÃO**

Processo de Recurso nº 1/1452/2013 – Auto de Infração: 1/201305330-9. Recorrente: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA. Recorrido: **NAYARA SOUZA DE MELO DANTAS**.

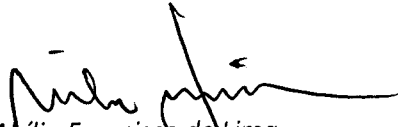
**Decisão:** “Resolvem os membros da 4ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, conhecer do Reexame necessário, dar-lhe provimento, para modificar a decisão de parcial procedência exarada em 1ª Instância, julgando **procedente** o feito fiscal, nos termos do voto da Conselheira Relatora e de acordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, adotado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.”

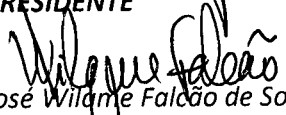


SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ  
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO  
Conselho de Recursos Tributários - 4ª Câmara de Julgamento

---


SALA DAS SESSÕES DA 4ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE REC. TRIBUTÁRIOS,  
em Fortaleza, 17 de abril de 2017.

  
Abílio Francisco de Lima  
**PRESIDENTE**

  
José Wilame Falcão de Souza  
**CONSELHEIRO**

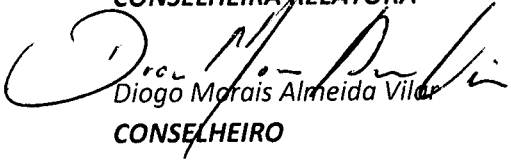
  
Lúcio Flávio Alves  
**CONSELHEIRO**

  
José Augusto Teixeira  
**CONSELHEIRO**

  
Rafael Lessa Costa Barboza  
**PROCURADOR DO ESTADO**

  
Rodrigo Portela Oliveira  
**CONSELHEIRO**

  
Alice Gondim Salviano de Macedo  
**CONSELHEIRA RELATORA**

  
Diogo Moraes Almeida Vilar  
**CONSELHEIRO**