

A. I. N° - 217438.0020/13-1
AUTUADO - JCS DISTRIBUIDORA LTDA. ME
AUTUANTE - MARIA CELESTE DE ARAÚJO MOURA
ORIGEM - INFATZ ATACADO
INTERNET - 25.05.2015

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0067-01/15

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. **a)** OMISSÃO DE SAÍDA DE MERCADORIA, PRESUMIDA EM FUNÇÃO DE ENTRADAS DE MERCADORIAS NÃO CONTABILIZADAS. Fato demonstrado nos autos. **b)** RECOLHIMENTO DE ICMS EFETUADO A MENOS REFERENTE AO REGIME ESPECIAL UNIFICADO DE ARRECADAÇÃO DE TRIBUTOS E CONTRIBUIÇÕES DEVIDOS PELAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTO, IMPLICANDO FALTA DE PAGAMENTO DE PARTE DO ICMS, EM VIRTUDE DE ERRO NA INFORMAÇÃO DA RECEITA. Fato demonstrado nos autos. Não acatadas as preliminares suscitadas. Lançamentos mantidos. Corrigido o percentual da multa do primeiro lançamento, de 150% para 75%. O § 1º do art. 44 da Lei federal nº 9.430/96 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. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 6.12.13, diz respeito aos seguintes fatos:

1. omissão de saída de “mercadoria tributada”, presumida por meio de apuração através de Notas Fiscais de entradas, “confrontado” com a escrituração do Registro de Entradas, sendo lançado imposto [ICMS] no valor de R\$93.676,73, com multa de 150%;
2. 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 o não recolhimento de parte do ICMS, em virtude de erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menos [sic], sendo lançado imposto no valor de R\$70.920,92, com multa de 75%.

Consta no campo “Descrição dos Fatos”, o autuante pontuou que, em cumprimento à O.S. nº 508619/13, foi empreendida diligência fiscal ao estabelecimento do contribuinte JCS Distribuidora Ltda. para intimá-lo a apresentar os documentos fiscais necessários à fiscalização dos exercícios de 2010, 2011 e 2012, e nessa visita foi constatado que a empresa não funcionava mais no local, fato que ensejou a intimação dos sócios, através dos serviços dos Correios (por AR), via correio eletrônico e publicação no Diário Oficial, conforme cópias anexas, e apresentou-se na repartição fiscal a Sra. Gilmara dos Santos Souza Brito, procuradora da sócia Maria dos Anjos Silva Souza,

que assinou a intimação fiscal, porém não apresentou a documentação no prazo regulamentar. Foram levantadas as seguintes ocorrências no sistema da SEFAZ sobre a movimentação comercial da empresa: o contribuinte comprou no ano de 2011 o valor de R\$ 300.266,19 e no exercício de 2012, R\$3.153.138,57 de mercadorias informadas pelo sistema NF-e (Nota Fiscal eletrônica); constam pagamentos do Simples Nacional nos exercícios de 2012 e 2013; há registro de vendas através de NF-es emitidas nos exercícios de 2011 e 2012 nos valores de R\$ 4.152,10 e R\$1.839.909,67, respectivamente; constam DASNs dos exercícios de 2010 e 2011 e extratos do Simples Nacional do período de janeiro de 2010 a agosto de 2012. A conclusão é de que tais ocorrências mostram que o contribuinte durante esse período se manteve em atividade, pois realizou compras e promoveu vendas de mercadorias. Diante dos fatos descritos, tornou-se imperativa a constituição do crédito tributário com base nos dados conhecidos pela SEFAZ, através dos sistemas INC e NF-e, uma vez que o contribuinte exerce atividade comercial do campo de incidência do ICMS. Com fundamento no § 4º do art. 4º da Lei 7.014/96, que autoriza a presunção de omissão de saídas a partir da constatação da existência de compras de mercadorias sem comprovação de sua entrada no estabelecimento por meio de escrituração contábil, o Auto de Infração foi lavrado com o objetivo de cobrar o ICMS devido nas operações de vendas das mercadorias adquiridas pelo contribuinte e informadas pelo INC e NF-e, sendo que a lei reserva ao autuado o direito de defesa, momento processual em que poderá fazer a impugnação do lançamento com a apresentação de provas documentais. Quanto à metodologia de cálculo utilizada para levantamento do débito, inicialmente o programa AUDIG converteu o valor das compras informadas no sistema NF-e em receitas tributáveis, após a segregação das mercadorias da substituição tributária. Mensalmente, foi encontrada a base de cálculo do imposto, que, por sua vez, foi submetida às alíquotas constantes no anexo I da Lei Complementar 123/06 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, este foi confrontado com o valor do ICMS declarado, de forma que, durante os exercícios de 2011 e 2012, o contribuinte acumulou diferenças de ICMS a recolher no valor de R\$93.676,73, relativo a omissão de saída de mercadorias tributáveis, presumida por meio de apuração através das Notas Fiscais de entrada, confrontada com a escrituração do Registro de Entradas, e do montante de R\$ 70.920,92 referente ao recolhimento a menos de ICMS declarado, devido a erro na informação da receita e/ou de alíquota aplicada a menos.

O autuado impugnou os lançamentos (fls. 722/733) suscitando em preliminar a nulidade do Auto de Infração por descumprimento do devido processo legal em virtude de vício na intimação dos responsáveis, pessoas físicas que são os reais interessados na suposta constituição do crédito tributário, o que resultou na ausência de científicação das pessoas autorizadas a responder pela pessoa jurídica autuada.

Numa segunda preliminar, também concernente ao devido processo legal, alega descumprimento de norma cogente do RPAF, prevista no § 3º do art. 8º, haja vista a falta de entrega dos papéis de trabalho, na forma da legislação de regência, com cerceamento de defesa, supressão da ampla defesa e do contraditório.

Além desses aspectos, alega que o Auto de Infração também carece de suporte legal quanto ao arbitramento utilizado no levantamento do crédito formalizado, pois houve descumprimento de norma concernente ao arbitramento, pela ausência de autorização legal para proceder ao procedimento.

Faz uma sinopse dos fatos conforme descrição feita no corpo do Auto de Infração.

Informa que a empresa está em fase de recuperação extrajudicial, ocasião que está em discussão com os credores sobre o assunto, onde se vislumbrou a forma de solução amigável do devedor com os credores, e isto poderá possibilitar a tentativa de continuar a exercer as suas atividades e, por conseguinte, sua função social. Salienta que a sociedade está utilizando deste acordo amigável como forma de solver suas dívidas de forma célere, ao contrário da presente ação fiscal, que entende ser totalmente maculada resultando num verdadeiro confisco e vilipêndio ao

patrimônio do contribuinte. Considera ficar claro que, ao ser afirmado na autuação fiscal que a empresa não foi encontrada no endereço cadastrado, isso é mais uma prova de que a empresa foi obrigada, por questões econômicas e mercadológicas, a encerrar suas atividades, permitindo que assim fossem negociados os passivos.

Frisa que existe vício na intimação do contribuinte do início da fiscalização e do lançamento por arbitramento, em vilipêndio ao devido processo legal e evidente cerceamento de defesa. Toma por fundamento o art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição, argumentando que os princípios ali contemplados devem estar previstos nas legislações infraconstitucionais e assegurados ao contribuinte, como forma de obediência ao expediente constitucional. Faz ver que o descumprimento das normas que tenham como escopo garantir a ampla defesa, o contraditório e a realização do devido processo legal jamais poderá passar incólume ao controle de qualidade exercido por este órgão julgador.

Lembra que, na teoria geral do processo, a relação processual só se inicia a partir do atendimento a normas legais que preveem a ciência da parte interessada, pois sem a correta intimação/citação do contribuinte para o início do procedimento fiscal, conforme determina o RPAF, o processo administrativo fiscal jamais poderia ter se iniciado.

Aduz que é dever do agente da administração pública, sob pena de incorrer no crime capitulado no § 1º do art. 316 do Código Penal, cumprir a legislação procedural e intimar corretamente o contribuinte antes de tomar qualquer medida tendente a lançar o tributo por meio de arbitramento, e o não cumprimento ao regramento básico do processo administrativo fiscal resultará em abuso da administração tributária, que está adstrita ao princípio da legalidade.

Reclama que neste caso a empresa não foi intimada corretamente pelo autuante, conforme relatado no termo de encerramento de fiscalização, pois o autuante pulou diversas etapas do procedimento de início da ação fiscal, não cumprindo o rito estabelecido no normativo do COTEB e do RPAF, que preveem a intimação do contribuinte por diversos meios, de modo que a ação fiscal jamais deveria ter-se iniciado sem a correta intimação do contribuinte, conforme inteligência do art. 26, inciso III, do RPAF.

Quanto à informação de que a Sra. Gilmara dos Santos Souza Bispo assinou a intimação direcionada, diz que tal informação não procede, tendo em vista que a sua intervenção processual se deu de forma voluntária, e não como propõe o fiscal em sua afirmação.

Aduz que o que prejudicou o acesso do autuante aos livros fiscais não foi a omissão do contribuinte, mas sim o descumprimento do que é estabelecido nas normas legais, no que diz respeito à intimação do contribuinte, pois o art. 26, III, do RPAF prevê que a ação fiscal só terá início pela intimação por escrito ao contribuinte, seu preposto ou responsável.

Chama a atenção para o fato de que a norma traz o conectivo “ou”, o que faz entender que, não se intimando um, o outro deverá ser intimado para que a ação fiscal tenha início. Considera que, como neste caso não houve a correta intimação de nenhum dos indicados no supramencionado dispositivo legal, o Auto de Infração resta viciado.

Diz-se surpreso com o fato de o fiscal ter ficado satisfeito com o recebimento de retornos de ARs por pessoas não autorizadas a responder pela empresa. Alega que, como a intimação da pessoa jurídica restou frustrada, por não estar mais funcionando no local indicado no cadastro da SEFAZ, somente as pessoas interessadas nos fatos consubstanciadores da autuação fiscal é que poderiam e teriam autorização para responder em nome da pessoa jurídica, jamais pessoa estranha, já que a intimação é pessoal, quando direcionada a sócio responsável pelas atividades da sociedade, fazendo-se cumprir o que determina o art. 234 do Código de Processo Civil

Aduz que, sendo ato pelo qual se dá ciência à parte interessada, outra pessoa jamais poderia ser intimada no lugar dos sócios, pessoa física, da sociedade empresária.

Prossegue argumentando que, em atenção aos princípios da oficialidade e da moralidade, caberia ao fiscal envidar todos os esforços para proceder à intimação efetiva do contribuinte, para que

pudesse proceder à sua auditoria em bases realísticas, respeitando os princípios da busca pela verdade material e da vedação de tributação excessiva e arbitrária, configurando confisco, pelas vias travessas de um lançamento de ofício por arbitramento.

Protesta que o fiscal preferiu utilizar informações apócrifas sem qualquer autenticidade nos documentos utilizados na aferição e levantamento fiscal, em detrimento de cumprir o devido processo legal.

Cita decisões do CONSEF, no Acórdão JJF 0172-05/08 e no Acórdão CJF 0360-11/10.

Alega que, apesar de ter aparecido pessoa supostamente habilitada para responder em nome da pessoa jurídica, esta jamais poderia ter sido intimada no lugar dos verdadeiros interessados na constituição do crédito tributário, quais sejam, os sócios pessoas físicas, porque, após a lavratura do Auto de Infração e da inscrição em dívida ativa, os sócios poderão ser responsabilizados pessoalmente pelo débito fiscal.

Pondera que a administração fazendária detém diversos meios para proceder à intimação correta do contribuinte, seja através da intimação direcionada aos sócios gerentes ou até por meio de outros representantes legais que estejam registrados nos cadastros mantidos pela SEFAZ, conforme inteligência do art. 108 do RPAF, de modo que, caso não tivesse obtido êxito na intimação editalícia da pessoa jurídica (que não foi cumprida) e intimação dos corresponsáveis, o autuante poderia ter determinado também a intimação dos reais responsáveis da pessoa jurídica.

Considera que o autuante incorreu em diversos erros, pelo que, ainda que a pessoa jurídica fosse intimada por edital, caso não encontrada, a intimação deveria ter sido direcionada aos sócios ou representantes legais também pela via editalícia, caso restasse frustrada a intimação via AR, já que a procura juntada aos autos não justifica descumprimento de imperativo legal concernente à necessidade de intimação dos reais responsáveis pela pessoa jurídica e principais interessados no prosseguimento da ação fiscal em questão.

Sustenta que o descumprimento de norma instrumental viola o devido processo legal, contrariando direitos fundamentais do contribuinte, a exemplo da ampla defesa e do contraditório, restando claro o cerceamento de defesa, o que faz incidir a norma prevista no art. 18 do RPAF, que prevê a nulidade dos atos praticados e das decisões proferidas com preterição do direito de defesa.

Tece considerações acerca do descumprimento de formalidades instrumentais. Assinala que o RPAF prevê, no art. 44, que o Auto de Infração será lavrado em três vias, uma das quais será encaminhada ao autuado. Também prevê, no art. 46, que na intimação do sujeito passivo acerca da lavratura do Auto de Infração deverão ser fornecidas cópias de todos os termos, demonstrativos e levantamentos elaborados pelo fiscal autuante que não lhe tenham sido entregues no encerramento da ação fiscal e que sejam indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do Auto, inclusive dos elementos de prova obtidos pelo fisco junto a terceiros de que porventura o contribuinte não disponha.

Frisa que o § 3º do art. 8º do RPAF prevê que as peças processuais como defesa, informação fiscal, diligências, perícias, recursos, parecer da Procuradoria Geral do Estado e outras manifestações do contribuinte e do autuante, bem como os demonstrativos e planilhas elaborados pelo autuante, autuado e diligentes ou peritos, referentes a processo administrativo fiscal, deverão ser apresentadas em papel e, também, em disco de armazenamento de dados, em arquivo em formato texto ou tabela, conforme o caso, onde conste cópia exata da peça apresentada.

Protesta que o fiscal não observou essa determinação legal e apresentou apenas em meios magnéticos os relatórios, tabelas e demonstrativos, os chamados papéis de trabalho.

Alega que a análise minuciosa desse material é de extrema importância à realização da sua ampla defesa, em especial por conta de solicitação dos seus assessores jurídicos, que alegaram

não possuir expertise necessária ao manuseio das planilhas eletrônicas e resolveram não correr qualquer risco que pudesse estar relacionado à imperícia no trato com tais noções de informática ou até mesmo a informações corrompidas por panes eletrônicas.

Requer que, caso o órgão julgador decida não tornar nulo o Auto de Infração, pelas nulidades de ordem formal suscitadas, lhe sejam fornecidos todos os relatórios impressos comprobatórios das infrações apuradas e que lhe seja reaberto o prazo para efetuar a sua defesa de posse de toda a documentação instrutória do lançamento, sob pena de cerceamento de defesa, porquanto, o não cumprimento da dita norma é vilipêndio ao direito de defesa do contribuinte.

Diz que reputa nulo também o lançamento por ausência de fundamentação legal para a utilização dessa metodologia, pois há flagrante desrespeito ao roteiro de auditoria PRS AUDIF-214, principal roteiro utilizado pelo fiscal autuante, que se valeu de informações colhidas unilateralmente, sem qualquer respaldo ou comprovação de sua autenticidade com as reais informações esclarecedoras dos fatos econômicos sujeitos à incidência tributária.

Alega que a empresa dispõe de todos os registros contábeis dos exercícios fiscalizados, colocando-se à disposição para esclarecimentos e apresentação de documentos pertinentes, o que requer, caso não acatada a nulidade apontada, para que seja feita diligência apta a abalizar com precisão a ocorrência das saídas sujeitas à incidência tributária.

Reclama que a falta de apresentação de documentos e papeis de trabalho pelo autuante, conforme foi alegado em preliminar, prejudicou o direito de defesa do contribuinte, restando clara a nulidade do auto de infração, pois a documentação fornecida é insuficiente.

Alega que a não apresentação de documentos relevantes à fiscalização se deu por vício no ato de intimação dos reais interessados na constituição do crédito tributário, haja vista a previsão do art. 26 do Código Tributário do Estado da Bahia, que transcreve.

Também alega que, da exegese do citado dispositivo legal, se conclui que a autuação fiscal não se encaixa em nenhuma das hipóteses legais, o que torna o levantamento fiscal nulo, por força dos princípios da verdade material, da legalidade e do devido processo legal.

Pede que o Auto de Infração seja declarado nulo, ou que no mérito seja julgado improcedente.

O fiscal autuante prestou informação (fls. 846/851) explicando inicialmente as providências adotadas por ocasião da fiscalização do estabelecimento. Quanto à alegação da defesa de que teriam sido puladas diversas etapas do procedimento de início da ação fiscal, considera que tal afirmação é inverídica, porque, após diligência realizada para entrega pessoalmente da intimação para apresentação de livros e documentos fiscais, ficou constatado que a empresa não funcionava mais no local, e em virtude disso procedeu ao envio da intimação por via postal (AR) para a empresa e os respectivos sócios, conforme fls. 8 a 11, sendo que, em 29.10.13, se apresentou à repartição a Sra. Gilmara dos Santos Souza Brito, preposta da empresa, que tomou ciência do procedimento fiscal, conforme fls. 12 a 14, e, transcorrido o prazo regulamentar para entrega dos documentos, não tendo havido nenhum pronunciamento, foi feita intimação através do Edital nº 66/13, à fl. 16.

Quanto à alegação de que a empresa dispõe de todos os registros contábeis e os coloca à disposição, o autuante diz que, em 19.3.14, enviou pela segunda vez uma intimação por via postal (AR) e pelo Edital nº 15/14, para a empresa e seus sócios, conforme fls. 854/857, e a empresa não apresentou os documentos fiscais.

Diz que, com relação ao item 1º, agiu conforme os arts. 108 e 109 do RPAF.

Com relação ao item 2º, o autuante rebate a alegação de ausência da entrega dos papéis de trabalho, dizendo que, apesar de a empresa não ter atendido às convocações da fiscalização, teve conhecimento das infrações que lhe foram imputadas, conjuntamente com os demonstrativos e levantamentos elaborados, conforme cópias apresentadas pelo próprio autuado às fls. 768/842, recibos de entrega do Auto de Infração e suas partes e arquivo magnético contendo Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica (DANFE), relação das Notas Fiscais emitidas e recebidas e das

planilhas dos exercícios de 2011 e 2012, contendo inclusive assinatura do preposto da empresa, conforme pode ser visto às fls. 719-720, tendo a mídia sido autenticada pelo validador da receita federal.

Ressalta que foram utilizados na elaboração das planilhas os dados obtidos através das NF-e emitidas e recebidas pelo contribuinte, além dos dados informados por ele na Declaração Anual do Simples Nacional (DASN) e nos extratos do Simples Nacional, e esses documentos estão sob a responsabilidade e guarda do contribuinte, podendo acessá-los a qualquer tempo.

Considera que não houve violação ao princípio do devido processo legal ou a qualquer outro direito, não tendo aplicação a regra do art. 18 do RPAF.

Explica como foram feitos os cálculos.

A seu ver, não procede o pedido de nulidade ou improcedência do Auto de Infração.

VOTO

Compõe-se este Auto de Infração de dois lançamentos: o item 1º refere-se a uma omissão de saída de mercadoria, presumida em função da falta de contabilização de entradas de mercadorias, com multa de 150%, e o item 2º, a recolhimento a menos de ICMS referente ao Simples Nacional, com multa de 75%.

O autuado é inscrito no Simples Nacional como empresa de pequeno porte. Na descrição do fato, foi explicada a forma como os valores lançados foram apurados, bem como a razão de a intimação para apresentação dos livros e documentos ter sido feita por via postal e depois por edital.

O autuado suscita a preliminar a nulidade do lançamento alegando vício na intimação para apresentação dos livros e documentos.

De fato, se a intimação fosse apenas a constante à fl. 12, o procedimento seria inválido, pois quem outorgou poderes a Gilmara dos Santos Souza Bispo foi outra empresa, embora com denominação parecida (Comercial de Alimentos JCS Ltda.).

Consta que a empresa objeto da ação fiscal, a JCS Distribuidora Ltda., não funcionava mais no endereço declarado em seu cadastro. A defesa confirma que a empresa está em fase de recuperação extrajudicial. Como o estabelecimento não estava mais funcionando no endereço declarado, a fiscalização tentou a intimação por via postal. Isso foi feito, conforme instrumentos às fls. 7/11 e 854/856. Além disso, foram feitas ainda intimações por edital, conforme fls. 16 e 857 (Editais 66/13 e 15/14). Já essas duas intimações bastam. A intimação à fl. 12, firmada por Gilmara dos Santos Souza Bispo, é dispensável. Ultrapasso essa preliminar.

Numa segunda preliminar, a defesa alega descumprimento de norma cogente do RPAF, prevista no § 3º do art. 8º, haja vista a falta de entrega dos papéis de trabalho.

De acordo com os recibos às fls. 719-A e 720, os demonstrativos foram entregues ao preposto do autuado. Ultrapasso também essa preliminar.

Foi alegado ainda que o Auto de Infração carece de suporte legal quanto ao arbitramento utilizado no levantamento do crédito formalizado, pois houve descumprimento de norma concernente ao arbitramento, pela ausência de autorização legal para proceder ao procedimento.

Ocorre que não houve arbitramento neste caso. Os dados para os lançamentos foram obtidos nos sistemas de dados do fisco, envolvendo compras, pagamentos do Simples Nacional, vendas através de NF-es, além de dados constantes nos DASNs e extratos do Simples Nacional. O lançamento do item 1º tomou por fundamento no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, que autoriza a presunção de omissão de saídas quando se constata a existência de compras de mercadorias não contabilizadas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou o pagamento dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas. Quanto ao lançamento do

item 2º, o recolhimento do imposto pago a menos foi uma decorrência da omissão objeto do item 1º.

Os cálculos não foram impugnados. Estão caracterizadas as infrações.

Há, porém, neste caso um aspecto que, apesar de não ter sido questionado pela defesa, tenho o dever de suscitá-lo de ofício, pois se trata de aspecto atinente à estrita legalidade do lançamento.

A questão diz respeito às multas aplicadas – multa de 150% no item 1º, e de 75% no 2º.

Conforme já foi assinalado, o item 1º refere-se a uma omissão de saída de mercadoria, presumida em função da falta de contabilização de entradas de mercadorias, com multa de 150%, e o item 2º, a recolhimento a menos de ICMS referente ao Simples Nacional, com multa de 75%, tratando-se em ambos os casos de ICMS devido por contribuinte optante pelo regime do Simples Nacional.

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

O § 1º do art. 44 da Lei federal nº 9.430/96 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.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, porém corrigindo a multa do item 1º para 75%, pelas razões acima declinadas.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 217438.0020/13-1, lavrado contra **JCS DISTRIBUIDORA LTDA.ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do

*GOVERNO DO ESTADO DA BAHIA
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE FAZENDA ESTADUAL (CONSEF)*

imposto no valor total de **R\$164.597,65**, acrescido da multa de 75%, prevista no art. 44, I, e § 1º, 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, 7 de maio de 2015

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR