

A. I. N° - 232134.0050/14-7
AUTUADO - F LEÃO NETO
AUTUANTE - FERNANDO QUEIROZ MOTA FILHO
ORIGEM - INFRAZ ITABERABA
INTERNET - 01/07/2015

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0125-03/15

EMENTA: ICMS. 1. SIMPLES NACIONAL. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infração comprovada, de acordo com o demonstrativo elaborado pelo autuante. 2. CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Saldo credor da conta “Caixa” indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Rejeitada a preliminar de nulidade. Retificada a multa da infração 02. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 23/05/2014, refere-se à exigência de R\$10.872,76 de ICMS, acrescido das multas de 75% e 150%, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01 – 07.01.01: Falta de recolhimento do ICMS referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, nos meses de outubro e novembro de 2012; janeiro a março, junho a dezembro de 2013. Valor do débito: R\$1.888,74. Multa de 75%.

Infração 02 – 17.03.07: Falta de recolhimento do ICMS em razão de saídas de mercadorias sem emissão de documentos fiscais e escrituração na contabilidade, presumida pela constatação de suprimento de caixa sem comprovação da origem do numerário, demonstrado pela existência de saldo credor na conta caixa, nos meses de fevereiro a dezembro de 2013. Valor do débito: R\$8.984,02. Multa de 150%.

O autuado, por meio de advogado com procuraçāo à fl. 63, apresentou impugnação às fls. 52 a 60, alegando que o autuante não fez acompanhar ao presente auto de infração os arquivos magnéticos em formato texto ou tabela, referentes aos demonstrativos que acompanham a exigência fiscal, nos termos do § 3º, art. 8º. do RPAF/BA, o que fulmina a cobrança por cerceamento ao direito de defesa.

No mérito, quanto à infração 02, observa que o autuante, considerando as despesas e as receitas nos exercícios financeiros, que compõem, supostamente, o fluxo caixa da empresa autuada, concluiu pela existência de saldo credor na conta caixa. Alega que em relação a muitas das despesas relacionadas pelo autuante, decorrentes de suposta aquisição de mercadoria, bens e serviços, o autuado desconhece sua procedência, além valores e pagamentos de duplicatas errados, e não ter considerado ou considerado a menos as receitas constates das notas fiscais de saída e cupons fiscais, bem como receitas não operacionais, conforme se verifica no livro Caixa em anexo que melhor reflete o fluxo caixa do contribuinte no período fiscalizado.

O defensor requer seja julgado nulo o Auto de Infração ou, se assim não entender este Órgão Julgador, requer seja julgado improcedente. Repete a alegação de que o autuante não apresentou ao contribuinte os arquivos magnéticos dos demonstrativos que fundamentaram a autuação nos termos do art. 8º, § 3º do RPAF/BA. Afirma que tal vício viola o princípio do devido processo legal, baluarte da ampla defesa e contraditório, previsto na Magna Carta. Comenta sobre o

devido processo legal, citando a legislação pertinente. Afirma que o princípio do devido processo legal é uma das garantias constitucionais mais festejadas, pois dele decorrem todos os outros princípios e garantias constitucionais. Ele é a base legal para aplicação de todos os demais princípios, independente do ramo do direito processual, inclusive no âmbito do direito material ou administrativo. Já a ampla defesa possui fundamento legal no direito ao contraditório, segundo o qual ninguém pode ser condenado sem ser ouvido. Conclui que os Princípios do contraditório e da ampla defesa (apesar de serem autônomos) são necessários para assegurar o devido processo legal, pois é inegável que o direito a defender-se amplamente implica consequentemente na observância de providência que assegure legalmente essa garantia.

O defendente afirma que se verifica também no sistema jurídico brasileiro, que os nossos tribunais entendem que a defesa das garantias constitucionais faz-se necessária para conceder ao cidadão a efetividade de seus direitos. É neste sentido que o devido processo legal passa a simbolizar a obediência às normas processuais estipuladas em lei, garantindo aos jurisdicionados-administrados um julgamento justo e igualitário com atos e decisões devidamente motivadas. Reproduz o art. 18 do RPAF/BA, e conclui que a autuação é nula, nos termos do art. 18, inciso II do RPAF, por violação expressa ao que dispõe o art. 8º do mesmo novel legislativo.

Quanto ao mérito, ressalta que o autuante imputa ao autuado infração por suposta existência de saldo credor em caixa, após compor, supostamente, o fluxo caixa da empresa autuada mediante demonstrativo denominado “Reconstituição da Conta Caixa”, confrontando os créditos e os débitos decorrentes das operações da empresa, constatando a existência de um saldo credor, presumindo, assim, que houve omissão de receita decorrente da venda de mercadorias tributáveis.

Alega que constatou inúmeras irregularidades nos demonstrativos elaborados pelo autuante, vez que muitas despesas relacionadas, decorrentes de reembolsos com aquisição de mercadorias, bens e serviços de transportes, o autuado desconhece sua procedência, além de fazer constar valores e vencimentos errados, bem como não ter considerado ou considerado a menos as receitas constates das notas fiscais de saída e cupons fiscais. Nesse sentido, o autuado, como forma de demonstrar o quanto alegado, traz aos autos seu livro Caixa, em anexo, e coloca à disposição para que fiscal estranho ao feito examine todos os documentos que basearam a autuação no escritório de seus advogados localizado na Avenida Otávio Mangabeira, 2401, Edf. Shopping Ateliê Palace, Salas 08 e 22, Pituba, Salvador – Bahia em data e hora previamente agendado através dos telefones 8863-2376, para que seja apurada a verdade material.

Informa que o livro Caixa se baseou em informações colhidas no conjunto de sua escrita fiscal, que em diversas vezes diverge e outras vezes convergem com as informações contidas na autuação. Também alega que o autuante não considerou outras receitas não registradas no livro Caixa que justifica, certamente, todo e qualquer eventual saldo credor apurado através de receitas não operacionais e outras provenientes de investimento do empresário não decorrentes de receitas da pessoa jurídica e sim física.

Observa que em se tratando de firma individual, há uma confluência patrimonial entre as receitas da entidade e as outras receitas do empresário. Dessa forma, entende que falta motivo para o autuante proceder à lavratura do auto de infração, baseando-se em suposto fluxo caixa da empresa autuada, conforme ensinamentos do mestre Celso Antônio Bandeira de Mello, discorrendo sobre o princípio da motivação. O defendente também cita lições de Hely Lopes Meirelles, em sua memorável obra “Direito Administrativo Brasileiro”.

O autuado apresenta o entendimento de que não havia motivo para que se procedesse à lavratura do auto de infração; diz que o lançamento do crédito tributário configura ato de vontade pelo qual o poder público aplica a lei a fato jurídico tributário, determinando situação jurídica individual e concreta. Cita os elementos a considerar no ato administrativo, conforme ensinamentos de Seabra Fagundes. Diz que a validade e eficácia do ato administrativo estão

condicionados, na sua prática, à existência de motivos reais, idôneos e existentes. Afirma que no presente caso, carece de motivos que possam sustentar a autuação, visto que não ocorreu descumprimento de obrigação principal, no máximo, poderia ensejar a imputação de multa por descumprimento de obrigação acessória, visto não implicar não recolhimento do imposto ou prejuízo para os cofres públicos. Afirma que não contém prova de que houve infração praticada pelo autuado, tendo permanecido na área de presunções não consubstanciadas, o que não autoriza a exigência da ação fiscal em comento.

Por fim, o autuado requer se proceda às intimações necessárias na pessoa do seu contador, Ronaldo Pereira Santos, CRC 15444BAO1, domiciliado na Rua Rui Barbosa, 334, Itaberaba - BA. Pede a nulidade da exigência fiscal em questão, acaso acolhidas as preliminares aduzidas, ou, ao menos, reabra o prazo de defesa do contribuinte para que exerça plenamente seu direito de defesa. No mérito, pede a improcedência do presente Auto de Infração.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 185 a 187 dos autos. Reproduz o teor da acusação fiscal e faz uma síntese das alegações apresentadas pelo autuado. Diz que a alegação defensiva de cerceamento do direito de defesa está desprovida de qualquer fundamento, considerando que na fl. 49 deste PAF, devidamente identificado, encontra-se um CD contendo todas as planilhas utilizadas neste lançamento, bem como, todos os DANFEs (entradas e saídas, tendo em vista que o autuado é usuário da NF-e), documentos de arrecadação (2012 até 2014), Declarações do Simples Nacional, Extratos do Simples Nacional, livros Caixa, Registros de Entradas e Registro de Saídas, todos relativos ao período fiscalizado.

Ressalta que as notas fiscais de aquisições interestaduais de mercadorias que fazem parte do lançamento estão escrituradas nos livros Registros de Entradas do autuado, o que comprova o recebimento dos produtos. Também esclarece que os livros Caixa, Entradas e Saídas de Mercadorias foram apresentados pela contabilidade responsável pela escrita fiscal do contribuinte, em meio magnético, em atendimento à intimação fiscal à fl. 07 do PAF, cujo recibo de autenticação (sistema MD5) de arquivos magnéticos encontra-se anexado a este processo, fl. 50, o que garante a autenticidade das informações nessa forma de apresentação.

Frisa que todas as peças que compõem este PAF estavam à disposição do autuado na Inspetoria Fazendária de Itaberaba, nos termos do artigo 11 do RPAF, aprovado pelo Decreto 7.629 de 09/07/1999, e que o contribuinte, no dia da ciência do Auto de Infração, recebeu cópia impressa de todos os demonstrativos que fazem parte deste PAF, conforme comprovam as rubricas do autuado nas fls. 07 a 19 e recibo à fl. 50 deste processo.

Quanto ao argumento do autuado de que “desconhece” “muitas despesas relacionadas” decorrentes das aquisições de mercadorias e de que nos demonstrativos constam valores e vencimentos errados, ressalta que essas informações são exatamente aquelas que estão registradas nas notas fiscais eletrônicas – NF-e correspondentes às aquisições das mercadorias e que estão devidamente escrituradas nos livros Registros de Entradas de Mercadorias da empresa autuada. Outro ponto esclarecido pelo autuante, é que o autuado não apresentou qualquer documento que justificasse alguma alteração na data do pagamento ou no valor de alguma duplicata relacionada.

Em relação à declaração de que as receitas registradas nos demonstrativos estão menores que aquelas constantes nas notas fiscais de saídas, também afirma que estão desprovidas de qualquer fundamento, tendo em vista de que os documentos de saídas de mercadorias estão escriturados nos livros Registros de Saídas de Mercadorias cujos valores totalizados mensalmente são exatamente os mesmos lançados nos demonstrativos que fazem parte deste lançamento fiscal. Ressalta que foi realizado um batimento entre os documentos de saídas de mercadorias e o livro de Saídas, e não foi encontrada qualquer irregularidade. E que, mais uma vez, o autuado faz afirmações sem apresentar provas que dê consistência aos seus argumentos.

Por fim, sobre a alegação do autuado de que o autuante não considerou outras receitas não registradas no livro Caixa a exemplo de aporte de capital sem contabilização através da Pessoa Física do empresário, diz que mais uma vez, o autuado faz ilações sem apresentar provas que dê consistência aos seus argumentos. Pede a procedência total do presente Auto de Infração.

Às fls. 191/192 esta Junta de Julgamento fiscal encaminhou o presente processo em diligência à Infaz de origem solicitando que o autuante:

- 1) Intimasse o contribuinte a comprovar os recebimentos não provenientes de vendas de mercadorias, ou receitas não operacionais, alegados nas razões de defesa.
- 2) Sendo apresentados documentos comprobatórios das alegações defensivas, os valores comprovados fossem incluídos no levantamento fiscal, de acordo com as datas efetivas de ingressos dos recursos.
- 3) Tendo em vista que em relação aos saldos da conta caixa há divergências entre os valores constantes no levantamento fiscal e no livro Caixa, apresentado pelo defendant, foi solicitado que o autuante analisasse as divergências existentes apurando o real saldo da conta caixa a ser considerado no levantamento fiscal, fazendo as correções necessárias, elaborando novos demonstrativos, inclusive o de débito.
- 4) Recomendou-se que na intimação constasse o pedido para o defendant apresentar a relação de todos os erros por ele apurados no levantamento fiscal, possibilitando o confronto do levantamento fiscal com os livros e documentos fiscais originais, e a necessária correção e apuração do real valor do imposto devido.
- 5) Se refeitos os cálculos, que fossem anexados ao presente processo, os demonstrativos analíticos relativos aos recebimentos e pagamentos, cujos totais foram computados no levantamento de movimentação financeira da empresa, e que a repartição fiscal intimasse o defendant quanto ao resultado da diligência fiscal, fornecendo-lhe cópia da nova informação fiscal e respectivos demonstrativos, além das fls. 07 a 47 e do cd à fl. 49, com a indicação do prazo de trinta dias para se manifestar, querendo, reabrindo o prazo de defesa.

O autuante prestou nova informação fiscal à fl. 197, dizendo que entregou ao defendant um CD contendo todas as informações constantes no CD anexado à fl. 49, conforme recibo à fl. 193, no qual estão discriminados todos os arquivos recebidos pelo autuado. Disse que o contribuinte conferiu os documentos eletrônicos recebidos verificando a autenticidade e funcionalidade dos referidos arquivos. Também foi fornecida a planilha utilizada no levantamento fiscal, e o autuado foi intimado para apresentar os comprovantes dos recebimentos não provenientes de vendas de mercadorias ou receitas não operacionais, alegados em sua impugnação, além da relação de todos os equívocos também alegados nas razões de defesa.

Frisa que foi concedido o prazo de cinco dias, mas o defendant, após decorridos doze dias da ciência e intimação não apresentou qualquer manifestação.

VOTO

O defendant requereu a nulidade do Auto de Infração, alegando que o autuante não apresentou ao contribuinte os arquivos magnéticos dos demonstrativos que carrearam a autuação nos termos do art. 8º, § 3º do RPAF/BA. Afirma que tal vício viola o princípio do devido processo legal, baluarte da ampla defesa e do contraditório.

O mencionado dispositivo regulamentar 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”.

Nos demonstrativos elaborados pelo autuante, fls. 07 a 47, consta assinatura de representante do autuado comprovando que recebeu cópia dos mencionados demonstrativos impressos, encontrando-se à fl. 50, recibo comprovando que o autuado tomou conhecimento dos dados considerados no levantamento fiscal, relativos aos livros Caixa, Entradas e Saídas de Mercadorias que foram apresentados pela contabilidade responsável pela escrita fiscal do contribuinte, em meio magnético. Neste caso, entendo que o fato de o autuado ter recebido cópias dos elementos que fundamentaram a autuação, parte impressa e parte em arquivo magnético (CD) não inviabilizou sua defesa.

Vale salientar, que embora já tenha recebido todos os comprobatórios da autuação fiscal, em atendimento à diligência encaminhada por esta Junta de Julgamento Fiscal, o autuante informou que entregou ao defendantem um CD contendo todas as informações constantes no CD anexado à fl. 49, conforme recibo à fl. 193, no qual estão discriminados todos os arquivos recebidos pelo autuado. Disse que o contribuinte conferiu os documentos eletrônicos recebidos verificando a autenticidade e funcionalidade dos referidos arquivos. Também foi fornecida a planilha utilizada no levantamento fiscal.

Verifico que o autuado apresentou impugnação no prazo regulamentar, demonstrando seu inconformismo com a autuação e interesse em apresentar provas de suas alegações, e em nome da verdade material, considerando a conveniência na solução do litígio, com base nos princípios da eficácia e da economia processual, foi determinada a realização de diligência fiscal, possibilitando a apreciação da defesa apresentada e julgamento o mérito da autuação fiscal.

Rejeito a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos.

Assim, constato que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

No mérito, a primeira infração trata da falta de recolhimento do ICMS referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, nos meses de outubro e novembro de 2012; janeiro a março, junho a dezembro de 2013.

Observo que o Simples Nacional foi instituído pela Lei Complementar 123/2006, que estabelece um tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime único de arrecadação, inclusive obrigações acessórias.

Foram elaborados demonstrativos pelo autuante, denominados “DEMONSTRATIVO DA FALTA DE PAGAMENTO OU PAGAMENTO A MENOR DO ICMS DEVIDO SOBRE O FATURAMENTO – SIMPLES NACIONAL”, contemplando os valores do ICMS Declarado e devido, conforme fls. 07/08, sendo fornecidas as cópia dos referidos demonstrativos ao defendantem, conforme assinatura do representante do autuado nos próprios demonstrativos, e o autuado não apresentou qualquer contestação aos dados numéricos do levantamento fiscal.

No levantamento realizado, o autuante adicionou às Receitas Declaradas os valores da receita omitida pelo contribuinte, nos respectivos meses, apurando a receita bruta total, conforme coluna “d” do demonstrativo à fl. 07. Foi efetuada a segregação e apuração da omissão de receita de acordo com a proporcionalidade das receitas de mercadorias da substituição tributária (fl. 11), conforme estabelece o § 4º do art. 18 da Lei Complementar 123 de 14/12/2006. Com a nova receita

calculada é que foram apuradas as alíquotas aplicadas no cálculo dos débitos constantes nas infrações 01 e 02 deste Auto de Infração (fls. 17 e 19 do PAF), sendo observadas as referidas alíquotas conforme previsto no Anexo 1 da LC 123/06.

Vale salientar que o regime de apuração do imposto estabelecido no Simples Nacional, leva em consideração no cálculo do valor devido mensalmente, a receita bruta auferida no mês, incidindo sobre esta receita bruta a alíquota determinada na forma do caput e dos §§ 1º e 2º do art. 18 da Lei Complementar 123/06, e acordo com o § 4º do art. 18 da mencionada Lei, o contribuinte deverá considerar destacadamente, para fins de pagamento do imposto: a) as receitas decorrentes da revenda de mercadorias; b) as receitas decorrentes da venda de mercadorias industrializadas pelo contribuinte; c) as receitas decorrentes da prestação de serviços, bem como a de locação de bens móveis; d) as receitas decorrentes da venda de mercadorias sujeitas a substituição tributária; e) as receitas decorrentes da exportação de mercadorias para o exterior, inclusive as vendas realizadas por meio de comercial exportadora ou do consórcio previsto na referida Lei Complementar. Portanto, foi efetuada análise dos documentos do autuado, relativos ao Simples Nacional, sendo considerados no levantamento fiscal os valores declarados na DASN/PGDAS.

Entendo que está caracterizada a infração neste primeiro item da autuação, sendo devido o imposto apurado no demonstrativo elaborado pela autuante, considerando a condição do autuado como microempresa do Simples Nacional. Mantida a exigência fiscal.

Infração 02: Falta de recolhimento do ICMS em razão de saídas de mercadorias sem emissão de documentos fiscais e escrituração na contabilidade, presumida pela constatação de suprimento de caixa sem comprovação da origem do numerário, demonstrado pela existência de saldo credor na conta caixa, nos meses de fevereiro a dezembro de 2013.

O autuante informou que na fl. 49 deste PAF encontra-se um CD contendo todas as planilhas utilizadas neste lançamento, bem como, todos os DANFEs (entradas e saídas, tendo em vista que o autuado é usuário da NF-e), documentos de arrecadação (2012 até 2014), Declarações do Simples Nacional, Extratos do Simples Nacional, livros Caixa, Registros de Entradas e Registro de Saídas, todos relativos ao período fiscalizado. Disse que as notas fiscais de aquisições interestaduais de mercadorias que fazem parte do lançamento estão registradas nos livros Registros de Entradas do autuado, o que comprova o recebimento dos produtos. Também esclarece que os livros Caixa, Entradas e Saídas de Mercadorias foram apresentados pela contabilidade responsável pela escrita fiscal do contribuinte, em meio magnético, em atendimento à intimação fiscal à fl. 07 do PAF, cujo recibo de autenticação (sistema MD5) de arquivos magnéticos encontra-se anexado a este processo, fl. 50, o que garante a autenticidade das informações nessa forma de apresentação.

O defensor alegou que constatou inúmeras irregularidades nos demonstrativos elaborados pelo autuante, afirmando que muitas despesas relacionadas, decorrentes de reembolsos com aquisição de mercadorias, bens e serviços de transportes, desconhece sua procedência, além de fazer constar valores e vencimentos errados, bem como não ter considerado ou considerado a menor as receitas constates das notas fiscais de saída e cupons fiscais. Nesse sentido, o autuado, como forma de demonstrar o quanto alegado, trouxe aos autos seu livro Caixa, em anexo, e disse que se colocava à disposição para que fiscal estranho ao feito examinasse todos os documentos que basearam a autuação.

O autuante esclareceu que ressalta que as informações contestadas pelo defensor são exatamente aquelas que estão registradas nas notas fiscais eletrônicas – NF-e correspondentes às aquisições das mercadorias e que estão devidamente escrituradas nos livros Registros de Entradas de Mercadorias da empresa autuada.

Observo que o levantamento fiscal foi realizado para compor o fluxo caixa da empresa autuada mediante demonstrativo denominado “Reconstituição da Conta Caixa”, o que significa dizer que o referido demonstrativo não é uma cópia do livro Caixa.

O livro Caixa é considerado um instrumento auxiliar da escrita fiscal, bem como os livros da contabilidade geral que se relacionem com a escrita fiscal ou comercial do contribuinte, elementos que são analisados para efetuar os levantamentos fiscais. Esta infração é apurada verificando-se a regularidade dos lançamentos efetuados na conta “caixa” através da análise da documentação correspondente, podendo ser apurado suprimento de caixa de origem não comprovada ou saldo credor de caixa.

Em atenção aos argumentos defensivos esta Junta de Julgamento Fiscal encaminhou diligência solicitando que o autuante intimasse o contribuinte a comprovar os recebimentos não provenientes de vendas de mercadorias, ou receitas não operacionais, alegados nas razões de defesa e que solicitasse do autuado a relação de todos os erros por ele apurados no levantamento fiscal, possibilitando o confronto do levantamento fiscal com os livros e documentos fiscais originais, e a necessária correção e apuração do real valor do imposto devido.

O defensor foi intimado na forma solicitada; foram fornecidas as cópias do CD relativo ao levantamento fiscal e concedido o prazo de cinco dias, mas o defensor, após decorridos doze dias da ciência e intimação não apresentou qualquer manifestação.

No encaminhamento da diligência, foi recomendado que, sendo refeitos os cálculos, que fossem anexados ao presente processo, os demonstrativos analíticos relativos aos recebimentos e pagamentos, cujos totais foram computados no levantamento de movimentação financeira da empresa, e que a repartição fiscal intimasse o defensor quanto ao resultado da diligência fiscal, fornecendo-lhe cópia da nova informação fiscal e respectivos demonstrativos, com a indicação do prazo de trinta dias para se manifestar, querendo, reabrindo o prazo de defesa. Como o defensor não apresentou a documentação solicitada, os cálculos não foram refeitos e não houve a necessidade de intimação com a concessão de prazo para nova manifestação.

O defensor solicitou se procedesse às intimações necessárias na pessoa do seu contador, Ronaldo Pereira Santos ou de seus advogados, sob pena de nulidade. Entretanto, de acordo com o art. 26, inciso III, do RPAF/99, a intimação deve ser efetuada por escrito, endereçada ao contribuinte, seu preposto ou responsável, e a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos arts. 108/109 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, inexistindo qualquer irregularidade se a intimação for endereçada diretamente ao contribuinte.

Com base nos livros e informações prestadas pelo próprio contribuinte foi realizada a Auditoria Fiscal, apurando mês a mês a receita omitida pelo contribuinte, confrontando com as informações disponíveis nos sistemas da SEFAZ. Foi constatada a presunção de omissão de receita, apurando-se a receita real do estabelecimento.

Neste caso, conforme prevê o art. 9º da Resolução CGSN nº 30, de 07/02/2008, aplicam-se aos optantes pelo Simples Nacional todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos tributos incluídos no Simples Nacional.

Vale salientar, que de acordo com o art. 4º, § 4º, inciso I, da Lei 7.014/96, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar saldo credor de caixa.

Como o autuado é inscrito no SIMPLES NACIONAL, na condição de microempresa, e como foi apurado imposto por presunção legal de que foi realizada operação de saída de mercadoria sem documentação fiscal, fica o contribuinte obrigado a recolher o tributo devido em decorrência da prática da infração apontada por meio do levantamento fiscal.

Trata-se de exigência de imposto por presunção legal, o que deveria ser elidido pelo sujeito passivo, tendo em vista que neste caso, cabe ao impugnante exibir provas de que não cometeu a infração, nos termos do art. 123 do RPAF/99.

Concluo pela subsistência deste item do presente lançamento, tendo em vista que o saldo credor da conta “Caixa” indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas.

Quanto à multa e acréscimos legais decorrentes da autuação, que foram objeto de contestação pelo autuado, a sua aplicação na infração 02 é consequência da falta de recolhimento espontâneo do imposto, o que resultou na lavratura do presente Auto de Infração, deveria ter sido indicado o percentual de 75%, com base no art. 35 da LC 123/06 combinado com o art. 44, I da Lei 9.430/96 e art. 16, inciso I da Resolução CGSN N° 30 de 07/02/2008.

Os mencionados dispositivos legais estabelecem que o descumprimento de obrigação principal devida no âmbito do Simples Nacional sujeita o infrator à multa de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença do tributo não pago ou recolhido (art. 44, I, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996 , com a Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007).

De acordo com o § 1º do art. 44 da Lei 9.430/96 e inciso II do art. 16 da Resolução CGSN N° 30 de 07/02/2008, aplica-se a multa de 150% (cento e cinqüenta por cento) sobre a totalidade ou diferença do tributo não pago ou recolhido, nos casos previstos nos artigos 71 (sonegação), 72 (fraude) e 73 (conluio) da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964. Neste caso, a legislação estabelece que multa duplicada quando forem identificadas as hipóteses descritas nos referidos artigos 71, 72 e 73 da Lei 4.502/1964, quais sejam sonegação, fraude e conluio.

Para se aplicar o mencionado dispositivo legal de forma a duplicar a multa para 150% é necessário estar caracterizado nos autos o dolo, elemento subjetivo que não pode ser presumido, devendo ficar demonstrado e comprovado. No caso em exame, a autuante, fundamentou a exigência do imposto como omissão de saídas e não apontou, sequer, qual dos três ilícitos descritos na Lei 4.502/64 que teria motivado a duplicação da multa exigida.

Assim, considerando as definições referentes à sonegação, fraude e conluio constantes nos arts. 71, 72 e 73 da Lei 4.502, de 30/11/1964, entendo que não houve no presente PAF o registro de fatos que comprovem a existência dos referidos elementos para ensejar a aplicação da multa no percentual de 150%, devendo ser reduzida a referida multa aplicada na infração 02, para 75%.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração n° 232134.0050/14-7, lavrado contra **F LEÃO NETO**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$10.872,76**, acrescido da multa de 75% prevista no art. 35 da LC 123/06; art. 44, I, da Lei Federal nº 9.430/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de junho de 2015

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA