

A. I. Nº - 110120.0003/12-7
AUTUADO - CRISTIANE'S MODAS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
AUTUANTE - VERA MARIA PIRES PURIFICAÇÃO
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 11.09.2012

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0207-02/12

EMENTA: ICMS. OPERAÇÕES ESCRITURADAS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. O contribuinte não estava inscrito no Regime Especial do Simples Nacional. Refeito a conta correte fiscal. Caracterizada a Infração. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/03/2012, reclama ICMS no valor de R\$335.574,22, imputando ao autuado a seguinte infração: *“Deixou de recolher o ICMS no(s) prazo(s) regulamentar (es) referente à operações escrituradas nos livros fiscais próprios”* - Multas de 50% e 60%.

O autuado apresentou defesa, fls. 108 a 137, arguindo equivocada premissa de não optante pelo SIMPLES NACIONAL, tendo exigibilidade suspensa (art. 151, III, do CTN), pois a impugnação administrativa apresentada é contra o termo de indeferimento de opção pelo SIMPLES NACIONAL, estando os aludidos créditos tributários suspensos.

Asseverou que a partir dos artigos, 146, 170 e 179 da Constituição Federal-CF, surgiram várias leis concedendo benefícios para as microempresas e empresas de pequeno porte. A União instituiu a Lei nº 9.317/96, criando o SIMPLES, um sistema simplificado de recolhimento de tributos e contribuições federais que, mediante convênio, poderia abranger os tributos devidos aos Estados e aos Municípios.

Salientou que os Estados preferiram não aderir ao SIMPLES e instituiu regimes próprios de tributação, o que acabou resultando em 27 tratamentos tributários diferentes em todo o Brasil. Afirmou que poucos Municípios aderiram ao SIMPLES federal e a maioria não estabeleceu qualquer benefício para as microempresas e empresas de pequeno porte estabelecidas em seus territórios.

Acrescentou que o Estatuto Federal das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, aprovado pela Lei nº 9.841/99, instituiu benefícios nos campos administrativos, trabalhista, de crédito e de desenvolvimento empresarial. Esses benefícios estavam limitados à esfera de atuação do Governo Federal porque lei ordinária federal não pode obrigar os Estados e os Municípios.

Afirmou que o artigo 146, II, “d” da CF facultou à lei complementar estabelecer um regime nacional único de arrecadação para incorporar os tributos devidos pelas micro e empresas de pequeno porte à União, aos Estados e aos Municípios, assim, em 2004, para regulamentar esse dispositivo da Constituição, foi apresentado à Câmara dos Deputados um projeto que acabou resultando na Lei Complementar nº 123/2006, que criou o Estatuto Nacional das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte. Esta Lei Complementar nº 123/2006 foi instituída com o objetivo de estabelecer normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às micro e pequenas empresas, no âmbito dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, especialmente no que se refere à apuração e recolhimento dos impostos e contribuições federais, estaduais e municipais, mediante regime único de arrecadação, inclusive obrigações acessórias; ao cumprimento de obrigações trabalhistas e previdenciárias, inclusive obrigações acessórias; ao acesso ao crédito e ao mercado, inclusive quanto à preferência nas

aquisições de bens e serviços pelos Poderes Públicos, tecnologia, associativismo e regras de inclusão.

Defendeu que a Lei Complementar nº 123/2006 remeteu ao Comitê Gestor a disciplina da obrigação acessória relativa ao termo de opção, tendo firmado as seguintes diretrizes: “a) A opção será irretratável para todo o ano-calendário (art. 16); b) A opção produzirá efeitos a partir da data do início de atividade, desde que exercida nos termos, prazo e condições a serem estabelecidos no ato do Comitê Gestor (art. 16, §3º); c) O indeferimento da opção pelo Simples Nacional será formalizado mediante ato da Administração Tributária segundo regulamentação do Comitê Gestor (art. 16, §6º)”, por sua vez, foi posteriormente alterada pela Lei Complementar nº 127/2007. As alterações no texto inicial do Novo Estatuto tiveram como objetivos principais o aperfeiçoamento do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições, denominado de SIMPLES NACIONAL.

Registrou que na época dos fatos geradores a opção pelo Regime Especial do Simples Nacional era disciplinada na Resolução CSGN nº 4, de 30 de Maio de 2007, se destacando os seguintes aspectos: “a) A opção pelo Simples Nacional dava-se por meio da internet, sendo irretratável para todo o ano-calendário. A opção deveria ser realizada no mês de janeiro, até seu último dia útil, produzindo efeitos a partir do primeiro dia do ano-calendário da opção (cf. art. 7º); b) O agendamento da opção, com prazo para regularização das pendências assinaladas no sistema, deu-se apenas com advento da Resolução CSGN nº 56, de 23 de março de 2009, portanto, com efeitos a partir do ano-calendário de 2010; c) Foram consideradas inscritas no Simples Nacional, de forma tácita, as ME e as EPP que, em 1º de julho de 2007, já eram optantes pelo regime tributário da Lei nº 9.317/96”.

Frisou que o autuado, em agosto de 2007, na época da instituição do Simples Nacional, requereu o seu ingresso no regime especial sem que nunca tivesse recebido qualquer intimação indeferindo a sua inclusão, com isso, nos exercícios de 2007, se encontravam enquadrado no Regime Especial do Simples Nacional, sem qualquer oposição de Fisco, seja da Receita Federal do Brasil ou da SEFAZ/BA.

Para o exercício de 2008, afirmou que o Estado de São Paulo apontou que haveria uma pendência cadastral com relação a uma das já extintas filiais da empresa autuada, sem, contudo, lavrar qualquer termo de indeferimento da opção pelo Simples Nacional. Todavia, conforme se depreende dos documentos ora acostados, mesmo naquela época, a empresa autuada não tinha qualquer irregularidade a sanar, pois já havia solicitado e procedido à baixa da filial em São Paulo desde o ano de 1983, porém, ainda assim, apresentou ao fisco os documentos que comprovavam a sua regularidade.

Ressaltou ainda que o próprio Estado de São Paulo expediu, na época, inúmeros documentos que demonstravam a situação regular do autuado, demonstrando, inclusive, que a baixa da aludida filial já havia sido concluída. Desta forma, tem-se, de igual modo, que durante o exercício de 2008 a empresa autuada se encontrava devidamente enquadrada no regime especial do Simples Nacional, até mesmo porque nunca havia sido lavrado contra si qualquer Termo de Indeferimento do Simples Nacional, seja pelo Estado de São Paulo seja pela Receita Federal.

Registrou novamente que desde o exercício de 2007, todas as obrigações acessórias do contribuinte foram declaradas e processadas pela Receita Federal do Brasil, sob o regime especial do Simples Nacional, não havendo, portanto, qualquer irregularidade no Documento de Arrecadação do Simples Nacional – DAS, guia própria para o recolhimento unificado dos tributos, bem como na Declaração Anual do Simples Nacional – DASN.

Ressaltou outra vez que o sistema não permite o recolhimento do imposto unificado, mediante restrição automática, quando o Contribuinte não está enquadrado no Simples Nacional, fato este que nunca ocorreu com o autuado, consoante se depreende das guias DAS, ora anexadas. Portanto, sempre cumpriu com as suas obrigações acessórias dentro do regime especial do Simples Nacional, regularmente processadas no sistema da Receita Federal do Brasil. Todavia,

em 27/04/2009, o autuado fora intimado do indeferimento da Opção pelo Simples Nacional, através da lavratura do Termo de Indeferimento de Opção expedido pela Receita Federal, sob o argumento de que haveria um suposto débito perante a Secretaria da Receita Federal de natureza previdenciária.

Aduziu que sabendo do erro que estava sendo cometido pela Secretaria da Receita Federal, impugnou tempestivamente o termo de indeferimento da opção pelo Simples Nacional, juntando em sua defesa todos os comprovantes de pagamento previdenciário quitados à época correlata e que estavam sendo, de forma equivocada, apontados como devidos, apresentando, inclusive, a Certidão Conjunta Negativa de Débitos expedida pela própria Receita Federal. Portanto, o “Termo de Indeferimento de Opção” fundou-se, exclusivamente, na suposta existência de débito previdenciário, cuja regularidade restou comprovada de forma objetiva e cabal através de impugnação específica e que recebeu o número de Processo nº 10580.723049/2009-51, o qual se encontra ainda pendente de julgamento.

Diante disto, de acordo com o art. 151, III, do CTN, a apresentação de Defesa Administrativa suspende a exigibilidade do crédito tributário, razão pela qual, enquanto não for julgada a Impugnação do Termo de Indeferimento da Opção pelo Simples Nacional apresentado pelo autuado, não se poderá exigir dela o pagamento das eventuais diferenças de ICMS, pois, acaso venha a ser provida, o regime de tributação de todos os anos pretéritos será pelo Simples Nacional. Reproduziu o dispositivo. Desta forma, tendo em vista que houve apresentação da impugnação administrativa contra o termo de indeferimento de opção pelo simples nacional, a sua exclusão se encontra suspensa, nos exatos termos do dispositivo citado.

Abordou que, se não houve exclusão do Simples Nacional, consequentemente, não se poderia lavrar o presente Auto de Infração versando sobre eventuais diferenças de ICMS não recolhidos, inclusive, porque já foi quitado através dos recolhimentos mensais da guia DAS, na forma do regime especial do Simples Nacional, além do que o Estado da Bahia jamais lavrou qualquer termo de indeferimento da opção pelo simples nacional em desfavor da empresa autuada. Assim, pela própria regularidade fiscal da empresa, se mostra inverossímil a alegação de que jamais esteve enquadrada no Simples Nacional, impossibilitando a exigência de ICMS desde 2007, como pretende a fiscalização, consequentemente, também se mostra indevida a exigência perpetrada na notificação fiscal relativa ao ICMS dos exercícios de 2007, 2008, 2009 e 2010, não havendo termo de exclusão ou termo de indeferimento de opção para tal exercício. Entretanto, em atenção ao princípio da eventualidade, acaso se entenda que a suspensão da exigibilidade somente se deu a partir de 2009, por força do protocolo da Impugnação Administrativa contra o ato de indeferimento a opção pelo simples nacional. Requereu, ainda assim, que sejam extirpadas do Auto de Infração os exercícios de 2009 e 2010.

Defendeu argumento quanto ao termo de indeferimento da opção pelo simples nacional lavrado em 2009, sendo impossível à autuação dos exercícios de 2007 e 2008, pois, como já foi explicitado, ratificou ser optante do regime especial do Simples Nacional, tendo realizado a sua opção logo após o advento da Lei Complementar nº 127/2007, ou seja, em agosto de 2007.

Destacou que em atenção ao princípio da eventualidade, não poderá ser deferida a fiscalização dos exercícios de 2007 e 2008, porque o Termo de Indeferimento da Opção pelo Simples Nacional fora lavrado em 27/04/2009, somente a partir do exercício de 2009 é que o autuado, supostamente, teria deixado de integrar o regime especial do Simples Nacional, em que pese estar tal exigibilidade suspensa, uma vez que impugnou o seu “Termo de Indeferimento de Opção pelo Simples Nacional”, o qual ainda se encontra pendente de julgamento.

Acrescentou que tal fato decorreu porque no período anterior (exercícios de 2007 e 2008), o autuado já havia requerido o seu ingresso no regime especial do Simples Nacional, sem que nunca recebesse qualquer intimação em sentido contrário, ou ainda, tivesse lavrado contra si qualquer termo de indeferimento de opção pelo simples nacional. Com efeito, em razão do seu indeferimento de opção pelo simples nacional apenas ter ocorrido no exercício de 2009, somente

a partir deste ano-calendário é que a sua obrigação passou a ser, supostamente, de recolher os impostos pelo regime de tributação do lucro presumido. Entretanto, conforme já narrado anteriormente, houve contra este ato apresentação de impugnação, o que suspenderia a exigibilidade de qualquer cobrança em sentido contrário.

Assim, chamou atenção, novamente, ao princípio da eventualidade e da concentração da defesa. Requereu, de logo, que sejam extirpadas da autuação a fiscalização relativa aos exercícios de 2007 e 2008, pois anteriores à lavratura do termo que indeferiu o autuado de ingressar no regime especial do Simples Nacional.

No mérito, registrou que não se acredita ante o gritante erro da fiscalização no que diz respeito à aplicação da penalidade, pois asseverou que a prática utilizada nessa fiscalização nada mais foi do que a penalização espúria e exacerbada.

Constatou que os motivos considerados pelo auditor fiscal não encontram amparo nas disposições da própria Lei, em vigor à época do fato gerador, daí porque essa prática usada configura um verdadeiro "excesso de exação", como dito, porque em completa desobediência às normas a que os agentes municipais devem obediência, especialmente os da área fiscal.

Esclareceu que a atividade administrativa é norteadas por princípios constitucionais, dentre os quais um reclama maior relevância a ser observado, qual seja, o princípio da legalidade. Trouxe à baila dos autos lição doutrinária apresentada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Direito Administrativo, 13ª Edição, 2001, pág. 68), no qual não admite a sua violação. Em decorrência disso, a Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados. Para tanto, ela depende de lei. Citou também ensinamento do mestre Alexandre de Moraes (Direito Constitucional, 11ª Edição, 2002, pág. 311).

Defendeu que a autoridade administrativa deve pautar sua conduta pelo princípio da legalidade, ou seja, a atuação da autoridade pública está restringida pelo princípio da legalidade, o qual, ao lado dos princípios da moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência, deve dirigir a conduta do administrador, vale dizer: todos os seus atos hão de ser praticados em perfeita consonância com o que determinar a lei, jamais ao seu alvitre, notadamente quando se tratar de matérias tributárias, hipótese que atrai a observação, por igual, do princípio da irretroatividade.

Disse que o auditor fiscal infringiu a um só tempo, os princípios da irretroatividade da lei tributária, da legalidade administrativa e, de quebra, do poder-dever, pelo qual a administração, em regra, tem não só o poder, mas também o dever de agir, dentro da sua competência, de acordo com o determinado em lei.

Informou também que o contribuinte tem o dever de recolher o imposto na medida exata de sua retenção, portanto nem a mais nem à menos do quanto determina a lei, nem, ainda, ao alvedrio do Fisco. A acusação fiscal há de se lastrar, pois, em fatos comprovados através de pesquisa e levantamento minuciosos das irregularidades fiscais, porventura suspeitas de terem sido praticadas pelo contribuinte. Também dentre as garantias asseguradas ao contribuinte está a de que ele pode e deve exigir um comportamento leal e legal dos representantes fiscais, com expressa renúncia de pretensões e atitudes vexatórias. E isto decorre do princípio da boa fé nas relações tributárias, como preleciona o mestre Rui Barbosa Nogueira na sua obra *"TEORIA DO LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO"*. Ressaltou, ainda, que os agentes fiscais têm limites definidos na sua atuação, daí porque eventuais excessos esbarram nas normas legais e até na própria CF. Assim, a autuação não pode prosperar, pois se trata de mera ficção porque, como está dito e repetido, descambando tal autuação fiscal para a o abuso de autoridade, porque impõe ao contribuinte defender-se de acusação fiscal indevida.

Destarte, fica evidente também que a autuação, ainda que se entenda possível cobrar o ICMS dos exercícios de 2007, 2008, 2009 e 2010, é improcedente, pois a fiscalização desprezou inúmeras notas fiscais em que o recolhimento do ICMS se deu por antecipação parcial, além de não ter levado em consideração o crédito de ICMS em estoque, levantado em 30/06/2007, bem como por

não ter compensado o ICMS já pago na forma de DAS – Documento de Arrecadação do Simples, fatores estes que implicam diretamente em uma cobrança muito superior ao quanto efetivamente devido. Juntou planilhas e documentos.

De acordo com a tabela (DEMONSTRATIVO CRÉDITO ESTOQUE LEVANTANDO EM 30/06/2007), foram levantados pela contabilidade da empresa autuada um crédito de ICMS em estoque no valor de R\$21.870,46, o qual, deduzido do que seria equivalente ao débito de ICMS no mês de julho/2007, deixou um saldo de crédito no valor de R\$6.608,44. Este saldo de crédito foi posteriormente deduzido do que seria o débito de ICMS no mês de agosto/2007, restando um débito de R\$5.727,71, valor este em notória discrepância apontado pelo Sr. Auditor Fiscal.

Afirmou ainda que a fiscalização não realizou o levantamento correto do valor referente ao que seria débito de ICMS, havendo diferenças significativas, inclusive, em alguns meses, maiores do que aquelas apontadas por ele. Contudo, em todos os meses lançados, o que se verifica é que o mesmo também deixou de compensar o valor do ICMS a ser debitado com aquele já pago através da guia de recolhimento DAS. Emitiu planilhas (DEMONSTRATIVO DEBITO COMPENSADO 07/2007 A 12/2008) dos exercícios de 2007 – R\$30.964,56 e 2008 – R\$81.321,54; (DEMONSTRATIVO DEBITO COMPENSADO 01/2009 A 05/2010) dos exercícios de 2009 – R\$69.876,22 e 2010 – R\$37.877,49.

Assim, na eventualidade da decisão pela improcedência dos argumentos trazidos nesta defesa administrativa, requer, de logo, que sejam considerados os valores acima apresentados, tendo em vista que estes espelham a realidade fática, considerando o crédito de ICMS em estoque, bem como os valores apresentados no livro de Registro de Apuração do ICMS, além da dedução do ICMS recolhido na forma de DAS, contrariando o quanto apresentado pelo Sr. Auditor Fiscal.

Por outro lado, arguiu que a CF assegura a todos o direito à produção de prova, independente de estar na esfera administrativa ou judicial (art. 5º, inciso XXXV). Essa regra importa na obrigação da Administração se desincumbir completamente, prestando a jurisdição, sobretudo quando a matéria em discussão está em curso na área administrativa, onde o Estado se veste de todos os direitos e funções, a despeito de exercer atividade vinculada.

Transcreveu o art. 5º, LV da Carta Magna, o entendimento do Roque Antonio Carrazza, em sua obra Curso de Direito Constitucional Tributário, dissertando sobre Segurança Jurídica e Tributação, lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (in Curso de Direito Administrativo, São Paula, Malheiros Editores, 4ª ed. p. 53) desvirtuação do princípio da finalidade que norteia os atos administrativos, pois ignorou o objetivo em vista do qual foi editado o dispositivo legal e, lecionamento do doutrinador Luciano Amaro acerca da legalidade tributária de toda atividade administrativa. Por fim, rogou que seja deferida a dilação probatória, com a possibilidade de juntada de novos documentos até o julgamento do presente Auto de Infração.

Insurgiu-se também quanto às multas confiscatórias, na qual disse que pelo princípio da eventualidade e até pela alegação de toda a matéria, se faz necessário se torna contra a aplicação das multas de 50% para os exercícios de 2007, 2008 e 2009, e a multa de 60% para o exercício de 2010, respectivamente, pois se revestem de natureza confiscatórias, sendo que nem o tributo nem a multa podem ter a natureza de confisco.

Aduziu que a multa tem o caráter de punição pelo não recolhimento do tributo na época própria, jamais o caráter de arrecadação ou mesmo de confisco, daí porque a "multa" de 50% e 60% sobre o débito tributário corrigido não pode subsistir, pois não se coaduna com a realidade atual, ainda mais porque que o autuado recolheu o ICMS na forma de DAS, pois é o que acreditava, e, aliás, tem plena convicção, que estava enquadrada no Regime Especial do Simples Nacional, não havendo, portanto, dolo ou sequer má-fé. Por outro lado, já não se coadunava após a "invenção" da correção monetária porque este instituto atualizava os valores históricos do tributo devido.

Alude que o valor original do tributo não recolhido na época própria, a multa fiscal deve se conter nos limites da punição do contribuinte faltoso, daí porque um percentual exacerbado apenas e tão somente coloca essa punição na linha de um confisco, figura essa espantada pela própria CF, que veda a instituição de tributo, com efeito, de confisco e, por via de consequência,

a vedação atinge as próprias multas, pois estas são também obrigações do contribuinte faltoso. Reproduziu o art. 150, IV da CF/88.

Pontuou que a CF não divergem nem a doutrina nem a jurisprudência dominantes do entendimento de que as multas exacerbadas podem e devem ser glosadas em benefício do contribuinte, não podendo o Poder Judiciário, entretanto, nessas hipóteses, substituir-se ao administrador fazendário para reduzi-las a um ou outro percentual. O Poder Judiciário acata a alegação de que a multa tem o caráter confiscatório e a suprime a obrigação do contribuinte em pagá-la, cabendo, portanto, à administração pública adequá-la ao caráter meramente punitivo para o faltoso. Citou e transcreveu entendimento do eminente Ministro GARCIA VIEIRA, Relator do R Esp. n.º 8.317-0-SP (91.0002682-4), da 1ª Turma, pub. no DJU I de 20.09.93, p. 19.139.

Quanto à produção de provas, diz que é matéria constitucionalmente consagrada. Citou o art. 123 do Código Tributário da Bahia e ensinamentos do tributarista Alberto Xavier, que em sua obra *Do Lançamento: Teoria Geral do Ato do Procedimento e do Processo Tributário*, Rio de Janeiro, editora Forense, 1997.

Reafirmou que não resta dúvida de que o direito a produção de prova no processo administrativo está assegurado, sob pena de ir de encontro aos preceitos do “Estatuto do Contribuinte”, regularmente instituído no Capítulo I do Título II da Constituição Federal Brasileira, através do qual se limitou o exercício das competências tributárias das pessoas políticas. Reproduziu ensinamento dissertativo sobre Segurança Jurídica e Tributação ensina de Roque Antonio Carrazza (Curso de Direito Constitucional Tributário), assim, a prova no processo administrativo deve ter a mesma amplitude que tem no processo judicial, pois a CF não faz qualquer distinção entre os dois.

Citou também comentário do parecer publicado na Revista Dialética de Direito Tributário nº 34, dissertando sobre a prova no Procedimento Administrativo Tributário do mestre Paulo de Barros Carvalho. E, diz que se sabe que a Administração não pode negar o pedido de perícia, sob pena de ser entendida como violência ao direito de prova, mesmo quando entenda a Administração que a prova incumbe a quem alega. Mesmo assim, há dever de informar ao contribuinte, de lhe negar o acesso à prova com a qual pretende demonstrar seu direito. No caso presente, mesmo que a Administração entenda que compete à prova à Empresa, há de se buscar a verdade real o que norteia o sistema, conforme abalizado parecer de Paulo de Barros.

Demonstrou também que os atos da Fazenda e dos outros funcionários têm apenas, a presunção de legalidade e legitimidade, todavia, não podem sobrepor normas cogentes, emanadas de princípios constitucionais como as do processo legal, que abona o contraditório. Se pronunciou ainda que o direito do Contribuinte de provar suas alegações não pode ser tolhido, sem fundamentação condizente com a gravidade da negação. Impedir, sem justificativa, configura flagrante desobediência a Carta Magna. Citou jurisprudência do STJ (RE nº 206.446 – Mato Grosso do Sul - R.O.: Exmo. Sr. Min. Sálvio de Figueredo Teixeira – Relator: Exmo. Sr. Min. César Asfor Rocha – Recorrente: Kepler Weber Industrial S/A. – Recorrida: Empresa de Serviços Agropecuários de Mato Grosso do Sul) e decisão do próprio Conselho Fazendário Estadual tem anulado autos de infração por cerceamento de defesa (SEFAZ: PROCESSO - A.I. Nº 00575620/98 - RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JJF nº 2019-01/01 – 2ª CJF: ACÓRDÃO CJF Nº 0035-12/02).

Sustentar afirmação que é substancial provar que o Sr. Auditor Fiscal desprezou valores importantes de crédito de ICMS em estoque, bem como os valores apresentados no livro de Registro de Apuração do ICMS, além da dedução do ICMS recolhido na forma de DAS o que ensejou a lavratura de um Auto de Infração com valores maiores do que efetivamente devidos. Reproduziu dizeres do respeitado Hugo de Brito Machado, sobre a ação anulatória, em sua festejada obra *Curso de Direito Tributário*.

Asseverou que o próprio Regulamento do Processo Administrativo Fiscal-RPAF determina a produção de prova, não podendo para negá-la apenas alegar a presunção atribuída pelo CTN no

seu art. 204, parágrafo único, pois esta é relativa, não dispensando prova por parte da Fazenda, diante da impossibilidade de ser feita pelo contribuinte, sob pena de se negar direito à prova. Citou art. 145, Parágrafo único do RPAF/BA, sendo que o fundamento da necessidade já foi esposado e comprovado pelos documentos ora juntados.

Acrescentou que quando um cidadão se defende administrativamente, se espera da administração exercer um direito frente à administração tributária que lhe examinará seu pleito subjetivo. É neste contexto que Hugo de Brito Machado - Professor Titular de Direito Tributário da UFC - Presidente do Instituto Cearense de Estudos Tributários - Juiz aposentado do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, ensina no parecer "ALGUMAS QUESTÕES DO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO", retirado do *site* www.temis.com.br.

Por fim, pede pela improcedência total do Auto de Infração, no que diz respeito ao montante devido, que sejam excluídos os exercícios de 2007 e 2008, ou ainda, os exercícios de 2009 e 2010, em face da exigibilidade esteja suspensa, bem como sejam consideradas as planilhas apresentadas, além da exclusão da multa exorbitante, pela sua manifesta inconstitucionalidade, de 50% para os exercícios de 2007, 2008 e 2009 e de 60% para o exercício de 2010 ou, ainda, a redução dessa penalidade para o patamar de no máximo dez por cento (10%).

Requeru, ainda, pela a produção de todas as provas permitidas na legislação, especialmente a PROVA PERICIAL CONTÁBIL FISCAL, pelas razões expendidas no corpo da defesa, caso não aceite a que foi produzida e anexada a esta, nos termos do quanto dispõe art. 49 do RPAF, tudo para respaldar o quanto alegado nesta Defesa Administrativa.

Nas fls. 156/157, consta Certidão Específica de Registro na Junta Comercial do Estado da Bahia.

A autuante presta informação fiscal, de fls. 382/383, declarando que a fiscalização foi pautada na informação de fl. 11, "Relatório dos Períodos do Simples Nacional", onde consta que o contribuinte, em nenhum exercício, constava como Optante do Simples Nacional.

Afirmou que foi refeita a conta-corrente fiscal considerando sua opção constante do banco de dados da SEFAZ – empresa de regime normal. Considerou também que o movimento declarado nas DMAs, para o levantamento do valor do ICMS devido, tudo conforme demonstrativos anexos às fls. 12 a 105.

Quanto aos valores do ICMS apontados como pagos, pelo contribuinte, referente aos meses 12/2007, 01/2008, 04 a 12/2008, todo exercício de 2009 e 2010, (p.121 e 122) informou que tais valores não ingressaram na SEFAZ conforme demonstra "Relação de DAEs" ano 2007 (fls.27 e 28), ano 2008 (fl. 58), ano 2009 (fl. 89) e ano 2010 (fl.105).

Opinou pela manutenção do Auto de Infração.

VOTO

O lançamento de ofício, ora impugnado, reclama ICMS em razão de o sujeito passivo ter deixado de recolher o ICMS no(s) prazo(s) regulamentar (es) referente à operações escrituradas nos livros fiscais próprios".

Verifico não caber acolhimento às preliminares de nulidades requeridas pela defesa, uma vez que crescem de amparo tanto fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois a autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve as infrações, fundamentando com a indicação dos fatos, normas e documentos, bem como de seus dados, assim como indica o supedâneo jurídico. Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infrações imputadas. Além do mais, não foram demonstrados os erros apontados, bem como a comprovação do ingresso nos cofres da fazenda pública dos valores que alega ter recolhido, não cabendo, portanto, a aplicação ao presente caso das decisões desse CONSEF trazidas aos autos,

nem mesmo as alegações de violação dos princípios da irretroatividade da lei tributária e da legalidade administrativa, por simples falta de elementos que indiquem tal violação.

O impugnante exerceu plenamente o seu direito de defesa, trazendo aos autos os relatórios e documentos fiscais que entendeu necessários fazer prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito pleiteado pelo fisco estadual. Assim, não havendo óbice à manifestação da defesa e, considerando que os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, a prova do fato não depende do conhecimento especial de técnicos, além de não serem necessárias outras provas a se produzir, com fulcro no art. 147, inciso I, “a” (diligência) e inciso II “a” e “b” do RPAF/99 (perícia), indefiro a solicitação de diligência e perícia contábil, conforme solicita o autuado.

Inicialmente, em relação à arguição de inconstitucionalidade das multas aplicadas, cabe alinhar que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência desse órgão julgador tal apreciação. Cabe ressaltar que, da mesma forma, não cabe a esse órgão fracionário do CONSEF, competência para excluir ou reduzir as multas por descumprimento de obrigação principal.

Em sua defesa o sujeito passivo asseverou que estava enquadrado no regime no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, não cabendo a alegação da fiscalização de irregularidade no recolhido, por entender o preposto fiscal que o autuado deveria ter apurado conta corrente no período fiscalizado.

Verifico que não se discute na presente lide se o sujeito passivo atendia ou não aos requisitos necessários para o enquadramento no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos – Simples Nacional. O objeto da presente lide é saber se os elementos trazidos aos autos comprovam, se a época dos fatos geradores, o sujeito passivo estava, efetivamente, enquadrado no regime do Simples Nacional.

Entendo que o argumento defensivo não é capaz de elidir a imputação, uma vez que a defesa não apresentou nenhum documento para comprovar a data em que realizou sua opção ao citado regime, apesar de ter acostado aos outros documentos. A opção ao regime em 2009, apresentada, foi indeferida.

Vale ressaltar que os Documentos de Arrecadação anexados com o título SIMPLES NACIONAL, consta claramente em seu corpo: “*Atenção: empresa NÃO OPTANTE do Simples Nacional*”.

Além do mais, consta como prova do não enquadramento do SIMPLES, no período cujos fatos geradores ocorreram, alvo do presente Auto de Infração, conforme “Relatório dos Períodos do Simples Nacional”, à fl. 11, onde consta que sujeito passivo, em nenhum exercício, faz parte do Simples Nacional.

Quanto ao elemento quantitativo do fato gerador, realmente o autuante fez a conta correte fiscal do contribuinte considerando sua opção constante do banco de dados da SEFAZ – empresa de regime normal. Considerou também que o movimento declarado nas DMAs, para o levantamento do valor do ICMS devido, tudo conforme demonstrativos anexos às fls. 12 a 105, indicado pela autuante, inclusive, em sua informação fiscal.

No que alude aos valores do ICMS que o impugnante alega ter recolhido aos cofres públicos, referente aos meses 12/2007, 01/2008, 04 a 12/2008, todo exercício de 2009 e 2010, (p.121 e 122), conforme demonstra “Relação de DAES” ano 2007 (fls.27 e 28), ano 2008 (fl. 58), ano 2009 (fl. 89) e ano 2010 (fl. 105), não há confirmação de recebimento dos mesmos. Quanto à relação de DAES apresentadas no memorial pela defesa, verifico que consta a inscrição estadual e CNPJ de outro estabelecimento da mesma empresa. Quanto aos demais argumentos, inclusive os créditos apontados não constam como pertinentes no refazimento da conta corrente fiscal, não sendo apresentadas as provas da origem que resultaram na disponibilidade dos mesmos, bem como em relação aos demais valores e notas fiscais não ficaram comprovados os pagamentos não considerados.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **110120.0003/12-7**, lavrado contra **CRISTIANE'S MODAS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$335.574,22**, acrescido das multas de 50% sobre R\$299.779,50 e 60% sobre R\$35.794,72, previstas no art. 42, incisos I, “a” e II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de agosto de 2012.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR