

**A. I. Nº** - 210402.0010/14-1  
**AUTUADO** - CHEIRO DA TERRA HORTIFRUTI LTDA.  
**AUTUANTE** - JOSÉ ROBERTO GALRÃO LEAL  
**ORIGEM** - INFAZ ATACADO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET - 26/04/2016

### **3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF Nº 0072-03/16**

**EMENTA:** ICMS. SIMPLES NACIONAL. RECOLHIMENTO A MENOS DE ICMS POR ERRO DA INFORMAÇÃO DA RECEITA E/OU ALÍQUOTA NA DASN GERADA PELO PGDASN. Em cotejo das operações registradas na escrita e documentos fiscais com os valores informados pelo autuado na DASN do período fiscalizado foram apuradas as diferenças identificadas na autuação. Infração subsistente. Não acatada a arguição de nulidade. Indeferido pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração lavrado em 26/06/2014, exige crédito tributário no valor de R\$244.800,99, acrescido da multa de 75%, em razão do recolhimento a menos do ICMS declarado, referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, implicando o não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita ou de alíquota aplicada a menos, nos meses de janeiro de 2012 a dezembro de 2013. (infração 17.02.01)

Consta na descrição dos fatos que feito o comparativo do TEF - Transferência Eletrônica de Fundos - fornecidas pelas administradoras de cartão de crédito com as notas fiscais emitidas e Redução Z fornecidas pelo contribuinte e também informações adquiridas pela base de dados da SEFAZ/BA apurando o ICMS devido, este foi confrontado com o ICMS declarado e recolhido, constatando-se que no período fiscalizado existiam diferenças a recolher.

O Autuado ingressa com defesa fls. 83/89. Frisa que esta é adequada e tempestiva. Afirma que o sistema de Intranet da SEFAZ – Ba, estabelece critérios claros no tocante ao rito processual de lavratura de A.I, os quais transcreve, para que entenda o julgador da impossibilidade de defesa pelo autuado, contrariando inclusive norma pétrea da CF/88.

Assegura que segundo a SEFAZ – Ba., a rotina interna apropriada a ser seguida pela autoridade competente a emanar AI é a rotina que transcreve na sua defesa, conforme Fonte: [http://intranet.sefaz.ba.gov.br/prs/sat/dat/procedimentos/poe\\_dat\\_3111.htm](http://intranet.sefaz.ba.gov.br/prs/sat/dat/procedimentos/poe_dat_3111.htm).

Invoca o princípio do contraditório e de ampla defesa assegurado pelo artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal, para sustentar que a outra parte da causa deve ser ouvida. Aduz que o direito do contraditório possui base no dever delegado ao Estado de facultar ao acusado a possibilidade de efetuar a mais completa defesa quanto à imputação que lhe foi realizada, e sempre que o processo administrativo não lhe facultar os elementos e informações cristalinas, impossibilita o autuado de exercer um direito constitucional em todos os âmbitos.

Diz que os princípios constitucionais são indispensáveis na sua função ordenadora, pois colaboram para a unificação e harmonização do sistema constitucional. Para reforçar seu argumento transcreve o art. 5º inciso LV da CF/88.

Repete a infração que lhe foi imputada afirmando que a autoridade fazendária, não alinha a legislação que entende estar infringida e que para perfeição a defesa aponta. Aduz que está legalmente constituída desde o ano de 2001, destacando-se em todos os seus termos em lisura e respeito às normas tributárias vigentes. Diz que percebe no Auto, o exercício soberbo utilizado pelo Estado

de seu poder sobre o contribuinte, para fazer uso como bem lhe aprouver, tornando ofensiva à igualdade das partes, sendo tal igualdade garantida pela Constituição Federal Brasileira.

Diz que o AI obriga ao autuado a pagar um valor que lhe levará ao estado de desmoronamento de suas contas, ao desequilíbrio de sua capacidade operacional, a inadimplência de fornecedores, e por fim, a um processo inevitável de concordata e até falência.

Frisa que não pode neste ato definir a verdade dos fatos ou imputar erro por diminuição da base de cálculo, nem tampouco pelo pagamento a menor do imposto devido, visto que, antes de autuar, é dever de o agente fazendário promover a averiguação dos fatos, não de forma unilateral como fora lavrado neste AI, mas sim, em consonância com o contribuinte, proporcionando-lhe o poder de retratar-se e impingir culpa ou dolo a quem convier.

Informa ser sabido que as operadoras de cartão de crédito não possuem uma exatidão em seus extratos, visto que, inúmeras vezes, o contribuinte é obrigado a intervir com seu departamento financeiro junto a essas instituições, para promover o ressarcimento e regularização de suas contas.

Assevera que não fora nem sequer notificado, nem uma comunicação, ao invés disso, fora surpreendido pelo AI, que no momento propício do processo, somar-se-á ao valor do imposto devido, os juros, multa de mora, honorários advocatícios entre outros, que oneraram ainda mais o contribuinte.

Diz que a exigibilidade do tributo enfocado pelo AI restará suspensa, visto o disciplinado, quer pela legislação Estadual, quer pelo art. 151 do CTN, que reproduz.

Aduz que o auto de infração resta eivado de nulidades, pois, em conformidade com o que preconiza nosso ordenamento jurídico, o demonstrativo elaborado pelo Fiscal deveria relacionar todas as notas fiscais, discriminando-as uma a uma, sendo tal requisito indispensável para configurar a infração cometida. Conforme preconiza a legislação tributária, deverá o auto de infração identificar o infrator, descrever a infração com clareza, indicar os dispositivos legais dados por infringidos e capitular a penalidade, devendo, portanto observar tais requisitos. Afirma que o cumprimento destes tem como única e exclusiva finalidade assegurar ao atuado o direito constitucionalmente previsto da ampla defesa, permitindo a obtenção de informações seguras ao autuado, estas importantes para a elaboração de sua defesa. Reforça sua tese transcrevendo art. 142 do CTN.

Comenta que em vista dos fatos apontados, torna-se imprescindível a declaração de nulidade do auto de infração e conseqüente inexigibilidade das multas aplicadas para a perfeita observação dos ditames legais e jurisprudenciais. Se assim não entendido, requer a diligência necessária para a constatação dos reais valores devidos, evitando assim, detrimento aos seus direitos em benefício do locupletamento desmotivado do Estado.

Em caso de entendimento contrário, requer a elaboração de nova planilha contábil, enfatizando o detalhamento do documento fiscal, bem como sua base de cálculo e planilha de demonstração, primando pela observância dos dispositivos legais e conferindo à notificada a mais perfeita justiça.

Finaliza postulando que: a) seja regularmente distribuída e conhecida a defesa escrita, sendo processada pelo órgão competente; b) seja decretada a inépcia do AI, visto que está disposto de forma teratológica; c) seja, em face de nulidade das notificações pelos motivos desfilados, declarada a nulidade do AI conduzindo-o ao arquivo administrativo; d) seja noticiado o autuado da decisão administrativa; e) caso não se defira o pedido de inépcia e nulidade, que admite apenas por amor a lide, seja o feito administrativo convertido em diligência a fim de apurar as informações aqui prestadas no tocante aos valores comprovando as alegações aqui elencadas.

O atuante produz a informação fiscal fls.101/102. Afirma que a respeito da nulidade requerida pela defesa, todos os procedimentos realizados estão de acordo com a legislação vigente. Foram fornecidas ao autuado, as planilhas com os demonstrativos dos débitos auferidos. O contribuinte,

representado pelo sócio, ficou ciente do A.I. em 26/06/2014, na época foi lhe entregue as vias do A.I. com as correspondentes planilhas dos valores apurados. Abriu-se o prazo de 30 dias para posicionamento e questionamentos dos valores apresentados. Também foi atendida solicitação do contribuinte quanto a relação de notas fiscais emitidas, quando na oportunidade foi anexada CD, mídia, que lhe foi entregue para consulta. Sendo assim, mais nada resta a acrescentar e mantém na íntegra os levantamentos apurados no referido Auto de Infração.

O autuado volta a se manifestar fls.119/121. Diz que ao contrário do afirmado pela autoridade fazendária, não requereu a anulação do débito em sua peça contestatória, mas sim, postulou a inépcia e anulação do auto de infração, visto a forma arbitrária como fora lavrado.

Assevera que, apesar de respeitar o trabalho realizado pelo auditor, tem convicção de que tributara erradamente seus impostos, tomando a menor base de cálculo, portanto, serve aqui sua manifestação como termo de confissão de dívida.

Ressalta ser necessária uma nova apuração do débito juntamente com seu escritório contábil onde demonstrará o real valor do débito, evitando assim uma demanda judicial. Frisa que o levantamento fiscal foi realizado de forma unilateral e não seguiu o rito processual estabelecido pela instrução normativa que descreveu em sua peça defensiva inicial.

Diz que o sistema intranet da SEFAZ/BA estabelece critérios no tocante ao rito processual para lavratura do auto de infração, que por não ter sido obedecido pelo autuante impossibilitou sua defesa. Transcreve a descrição das etapas para recepção do PAF conforme registrado na intranet da SEFAZ.

Requer seja decretada a inépcia do auto de infração, declarada sua nulidade e caso assim não entenda este órgão julgador, que o feito administrativo seja convertido em diligência a fim de se apurar a comprovação de suas alegações.

O autuante produz nova informação fiscal fl.124. Informa que todos os procedimentos realizados estão de acordo com a legislação vigente. Diz que foram apresentados os demonstrativos dos débitos auferidos e o autuado tomou ciência do auto de infração em 26.06.2014, momento em que lhe foi entregue as vias do auto de infração com as correspondentes planilhas explicativas dos valores apurados.

Frisa que foi aberto prazo de 30 dias para posicionamento e questionamento dos valores apresentados. Ressalta que foi atendida solicitação do contribuinte quanto a relação das notas fiscais emitidas onde anexou CD que lhe foi entregue para consulta.

Afirma que nada mais tem a acrescentar sobre as informações já prestadas e mantém na íntegra o auto de infração.

No curso da instrução processual, considerando a constatação de que não constava do PAF o relatório TEF diário, documento imprescindível para que o autuado auditasse suas operações diárias realizadas com pagamento através de cartões e a não comprovação de que os documentos relacionados na intimação da fl.105 teriam sido entregues ao contribuinte, em pauta suplementar, o PAF foi convertido em diligência pela 3ª JF, fl. 127, à INFRAZ Atacado, para que a INSPETORIA intimasse o autuado, fazendo a entrega mediante recibo do Relatório Diário TEF referente ao período fiscalizado, bem como, dos documentos descritos na intimação de fl.105, concedendo prazo de 30(trinta) dias, (Reabertura do Prazo de Defesa) para que o sujeito passivo, querendo se manifestasse.

Às fls. 135/136, o autuado voltou a se manifestar requerendo a dilação do prazo dado no despacho da diligência, sobre a reabertura do prazo de defesa por mais 30(trinta), a fim de que pudesse efetuar novos levantamentos sobre seu entendimento a respeito do *quantum* devido, considerando a alteração do RPAF/99 dada pelo decreto 15.807/2014 que alterou o prazo de impugnação de auto de infração para 60 (sessenta) dias, no que foi acatado pela Inspetoria, conforme despacho do Inspetor, verso da fl.139.

O contribuinte tomou ciência do deferimento de sua petição para prorrogação do termo fls.143/144 e decorrido prazo não se manifestou.

## VOTO

No presente lançamento o contribuinte foi acusado de ter declarado a menos o ICMS referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, implicando dessa forma, o não recolhimento de parte do ICMS, decorrente de erro na informação da receita ou de alíquota aplicada a menos.

O autuado argüiu a nulidade do auto de infração sob a alegação de que teve cerceado seu direito de defesa porque na lavratura do auto de infração em lide, o autuante não teria seguido a rotina procedimental aprovada pela própria SEFAZ e publicada em seu *site* na internet. Afirmou que o lançamento tributário foi realizado de forma unilateral pelo agente fazendário, sem lhe proporcionar a possibilidade de retratar-se ou investigar a quem atribuir a culpa ou dolo pelas irregularidades apuradas.

Compulsando os autos constato que tal alegação não procede. Vejo que o sujeito passivo foi devidamente intimado para apresentação de livros e documentos conforme documento fl.07. Consta do processo os demonstrativos que serviram de base para autuação que apurou detalhadamente o *quantum* devido, fls.62/75, cujas cópias lhe foi entregue, conforme documento fl.79.

Observo que durante o procedimento fiscal não há previsão para o exercício do contraditório pelo sujeito passivo, haja vista que nesta fase, a atividade principal é a verificação do cumprimento de obrigações tributárias e, sendo constatadas irregularidades é que se lavra o Auto de Infração. Ou seja, o procedimento fiscal visa apurar a correta aplicação da legislação, podendo resultar ou não em constituição de crédito tributário. Nos termos do art. 121, inciso I do RPAF/99, o princípio do contraditório é adotado com a instauração do processo administrativo fiscal, quando após o lançamento do crédito tributário mediante Auto de Infração, este é impugnado pelo contribuinte com a apresentação da defesa. Portanto, não há previsão legal para intimar o contribuinte a prestar esclarecimentos antes da lavratura do auto de infração.

Além disso, o preposto do fisco na informação fiscal registrou que o contribuinte, representado pelo sócio, ficou ciente do Auto de Infração em 26/06/2014, momento em que lhe foi entregue o auto com as correspondentes planilhas dos valores apurados, abrindo-se o prazo de 30 dias para posicionamento e questionamentos dos valores apresentados.

Na análise de todos os elementos que integram o presente Auto de Infração constato que a sua composição, processamento e formalização se encontram em total consonância com o RICMS/2012 e com o RPAF-BA/99, ou seja, o lançamento tributário contém todos os pressupostos materiais e essenciais, pois, a sua lavratura obedeceu ao disposto no art. 39 do RPAF/99, e os fatos geradores do crédito tributário estão constituídos nos demonstrativos e documentos fiscais, além do CD constante nos autos, necessárias à demonstração dos fatos argüidos, todos entregues cópias a preposto do contribuinte autuado, que exerceu com plenitude a ampla defesa e o contraditório. Não acato, portanto a preliminar de nulidade arguida.

Quanto ao pedido do autuado para que fosse realizada diligência fiscal no presente PAF, a fim de apurar as informações prestadas no tocante aos valores apurados, com fulcro no art.147, inciso I, do RPAF/99, considero desnecessária esta diligência, e indefiro tal pedido, pois o processo contém todos os elementos para convicção dos julgadores sobre a lide.

No mérito, a infração trata de recolhimento a menos do ICMS por contribuinte optante pelo regime do Simples Nacional, devido a omissões de receitas em suas declarações, o que teria ocasionado erro na aplicação da alíquota devida.

O Simples Nacional foi instituído pela Lei Complementar nº 123/06. Registre-se que a adesão a este Regime é facultativa e não compulsória, constituindo-se em submissão a um regime específico de apuração simplificado com base na Receita Bruta auferida pelo optante que serve de parâmetro unificado para o cálculo de vários impostos, contribuições fiscais e previdenciárias.

Observo que o art. 21, I, da Lei 123/06 estabelece que o contribuinte inscrito no Simples Nacional, deve pagar os tributos devidos, apurados na forma prevista nos arts. 18 a 20, inclusive o ICMS, ou seja, determinados mensalmente mediante aplicação da tabela do Anexo I da citada lei, utilizando como base para determinação da alíquota a receita bruta acumulada nos 12 (doze) meses anteriores ao período de apuração, que incidirá sobre a receita bruta auferida em cada mês de referência e apuração dos tributos, sendo que essa incidência se dá por opção do contribuinte, na forma regulamentada pelo Comitê Gestor, sobre a receita recebida no mês, sendo essa opção irretratável para todo o ano-calendário.

O autuado deixou de recolher valores referentes ao Simples Nacional, apurados em cotejo das operações declaradas nas DASN's em comparação os valores dos documentos fiscais do próprio contribuinte no período fiscalizado, sendo apuradas as diferenças identificadas no levantamento levado a efeito pela Fiscalização.

No presente caso, verifico que na peça de defesa o autuado apresentou o seu inconformismo quanto à autuação, mas não identificou qualquer valor ou dados com os quais não concorda.

Ressalto por importante, que o próprio autuante assim declara em manifestação fiscal à informação prestada pelo autuante fls.119/121: “ ... *tenho convicção de que tributara erradamente os impostos, tomando a menor base de cálculo, servindo aqui esta manifestação como termo de confissão de dívida...*” .

Em verdade, o sujeito passivo não trouxe qualquer planilha, demonstrativo, ou outros elementos de prova, nos quais identificasse os erros porventura cometidos pela Fiscalização, capazes de elidir a autuação.

Certamente inobservou as disposições dos artigos 142 e 143 do RPAF/99, no sentido de que a *recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária*, assim como, a *simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal*.

Observo que o processo em análise foi convertido em diligência, concedendo-se a reabertura do prazo de defesa 60 (sessenta) dias para se manifestar e o autuado permaneceu silente. Neste caso, entendo que a infração encontra-se caracterizada.

Ante 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 nº **210402.0010/14-1**, lavrado contra **CHEIRO DA TERRA HORTIFRUTI LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$244.800,99**, acrescido da multa de 75% prevista no artigo 35 da Lei Complementar 123/06, art. 44, I da Lei Federal 9.430/96 com redação dada pela Lei 11.488 de 15/06/07 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de abril de 2016.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR