

**A. I. Nº** - 232209.3032/16-2  
**AUTUADO** - ALUMÍNIO SALVADOR EIRELI - EPP  
**AUTUANTE** - RONALDO LOPES CARNEIRO DA SILVA  
**ORIGEM** - INFAZ VAREJO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET – 04.09.2017

#### **5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF Nº 0142-05/17**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. CERCEAMENTO AO DIREITO DE DEFESA. Inexistência de elementos nos autos que determinem com segurança o cometimento da infração de falta de recolhimento do imposto imputado ao sujeito passivo, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições, devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional. Impossibilidade de se estabelecer o contraditório e deste juízo administrativo formar o seu convencimento quanto ao acerto ou não das apurações realizadas pelo autuante com o uso do Sistema PRODIFE, posto que a revisão do levantamento fiscal não poderá ser efetuada seguindo a metodologia daquele sistema cujo direito de uso, foi retirado da SEFAZ-BA e transferidos a terceiros. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 30/09/2016 para a exigência de ICMS no valor principal de R\$97.518,63, de contribuinte cadastrado no Simples Nacional, com a seguinte imputação:

**Infração 01** – Efetuiu recolhimento a menor 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, desta forma, em não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menor. Ocorrência verificada nos meses de janeiro de 2013 a dezembro de 2015. Valor exigido: R\$97.518,63. Multa de 75% do valor do imposto, prevista no art. 35 da LC 123/06 e art. 44, I, da Lei Federal nº 9.430/96, com a redação dada pela Lei Federal nº 11.488/07.

O contribuinte foi notificado do lançamento em 07/10/2016, através de intimação pessoal. Ingressou com defesa administrativa protocolada em 06/12/2016, peça que se encontra apensada às fls. 28 a 34 dos autos.

Na peça defensiva a empresa autuada afirmou trabalhar de forma extremamente organizada, alimentando diariamente relatório com todas as informações de venda, segregando os valores recebidos em cada modalidade. Que este cuidado era tomado para não incorrer em erros como o que está sendo o fundamento deste auto. Acrescentou que após a lavratura do presente auto, a Autuada foi verificar nas suas escritas fiscais e nos seus relatórios se haveria alguma inconsistência, contudo nenhuma irregularidade foi encontrada. Que todos os relatórios batem com o que foi declarado e recolhido em cada mês.

Mais à frente passou a discorrer acerca de questões de direito. Pontuou que de acordo com §3º do art. 18 da Lei Complementar nº 123/06, a base de cálculo para apuração dos impostos pelo simples nacional será a receita bruta que, no caso das empresas de comércio, corresponderá ao valor das vendas de mercadoria. Disse ter sido esse exatamente o procedimento declarado desde o

momento da sua abertura até os dias atuais. Acrescentou que se houve algum desconto, eventualmente, foi decorrente de alguma devolução de mercadoria vendida, comum nas operações da Autuada, o que é garantido pela legislação, para não constituir bis in idem (exigência de imposto em duplicidade).

Sustenta que não há a omissão de receita apontada no Auto de Infração. Para fins meramente exemplificativos da incongruência dos dados colacionados ao auto de infração, chamou a atenção para o relatório apresentado denominado "Demonstrativo Z" onde se relaciona, de forma equivocada, algumas notas a lançamentos da administradora do cartão que não correspondem ao pagamento destas, conforme doc. 2, da peça impugnatória (fls. 43 a 168), o que evidenciaria a impertinência e a conclusão errônea obtida no levantamento fiscal.

Afirmou em seguida que a empresa possui a composição diária do quanto foi vendido e qual a forma de pagamento do total vendido por dia, conforme doc. 2, já citado. Além disso, após a lavratura deste auto, a empresa teria procurado um profissional que pudesse decompor os valores pagos através da área financeira, uma vez que não compreendeu a composição apresentada pelo agente autuante. Declarou também que não foi possível apurar todos os meses, uma vez que o período autuado é longo e o tempo para apresentar a defesa, relativamente curto. Por isso, foi realizada uma composição parcial, de todos os meses do auto, para verificar se havia alguma inconsistência. Informou que nada foi encontrado. Anexou mídia, contendo a composição realizada para fins de defesa, onde foi demonstrado que cada autorização e valor lançado pela administradora, corresponderam a um cupom fiscal ou a uma nota fiscal emitida pelo contribuinte (Doc. 03, fl. 169).

Frente a essa apuração sustenta que não há a omissão de receita ou recolhimento de ICMS efetuado a menor, uma vez que há total correspondência entre o que se vendeu e o que foi lançado em cartão de crédito, e que a Autuada declarou tudo que vendeu e fez o recolhimento daquilo que era devido em cada período.

Formulou quesitos para avaliação de uma possível diligência.

Ao concluir a peça impugnatória a defendente pede seja declarada a improcedência total da autuação, uma vez que não houve recolhimento a menor e nem omissão de receita praticada pela Autuada. Que os valores declarados e recolhidos mensalmente pela ora Autuada correspondem com o que foi vendido em cada exercício, conforme apresentado na amostragem em cada mês. Pede ainda que caso assim não entenda, este juízo, que seja deferido o pedido de produção de prova pericial, a fim de que se demonstre pelo perito o que desde logo foi alegado nesta defesa. Protestou, também, por todos os meios de prova admitidos, tais como diligências, perícias, juntada posterior de documentos, pareceres e decisões dos Tribunais Administrativos e Judiciais, inclusive em contra prova e revisão do lançamento.

Foi prestada informação fiscal em 10/05/2017, apensada à fl. 173 e documento anexo (fls. 174 a 177). Nesta peça o autuante declara, literalmente que ... *“Tendo em vista a descontinuidade por parte da Administração do Programa que gerou o presente Auto, **PRODIFE**, o autuante está impossibilitado de prestar adequadamente esta informação fiscal dentro dos **Parâmetro** (sic) **Técnico-Jurídico** sob o qual se amoldou o preste Feito, ou seja, o Fiscal não tem mais acesso ao Programa gerador deste Auto. Até o presente momento, não há nenhum **Programa Oficial de Processo do Simples Nacional** equivalente ao referido programa (**PRODIFE**), que possibilite prestar as informações adequadamente. Desta forma, sugere-se que Fiscal Estranho ao Feito possa ser indicado a fazê-lo”*.

Foi anexada à Informação fiscal Mensagem dos idealizadores (desenvolvedores) do Sistema PRODIFE, veiculada via e-mail, com o título “Carta Despedida”, enviada para diversos auditores e agentes integrantes do fisco. Através dessa mensagem foi comunicada a descontinuidade ou retirada de uso desse sistema de fiscalização no âmbito da SEFAZ-BA em razão da sua não oficialização pelos gestores da organização e a informação de que os direitos de licenciamento

do “software” do Sistema PRODIFE foram transferidos para uma pessoa jurídica devidamente constituída, visando à proteção dos direitos dos autores e eventuais utilizações não autorizadas ou indevidas, a partir de 1º de outubro de 2016, de forma que os infratores poderão se sujeitar a penas da lei e ao pagamento de indenizações pelos prejuízos causados. Por fim, declararam que se a SEFAZ-BA tiver interesse em adquirir os direitos de uso do sistema deverá entabular negociações com a empresa detentora dos direitos de licenciamento do PRODIFE.

## VOTO

O Auto de Infração em lide foi lavrado para exigência do ICMS de empresa que apura o imposto dentro da sistemática do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – EPP, também conhecido como Simples Nacional. O contribuinte se defendeu apresentando seu levantamento, por amostragem, das receitas auferidas através de emissão de cupons fiscais ECF, para se contrapor à apuração do agente fiscal, conforme relatórios/demonstrativos reproduzidos na mídia digital (CD), anexado à fl. 169 deste Processo Administrativo Fiscal (PAF).

Há, todavia, neste processo um fato inusitado. O agente autuante se disse impossibilitado de prestar a informação fiscal visto que os trabalhos de fiscalização foram realizados com a utilização do Sistema PRODIFE, que foi retirado de uso da SEFAZ-BA, pelos seus desenvolvedores, em razão da sua não oficialização, com os direitos de uso do “software” transferidos a uma pessoa jurídica privada, em 1º de outubro de 2016, passando esta a deter poderes para proteger os direitos dos autores e coibir eventuais utilizações não autorizadas ou indevidas do referido sistema.

Diante desse quadro mostra-se inócua a sugestão do agente autuante de encaminhamento do PAF para que outro agente fiscal da SEFAZ-BA preste a informação fiscal, visto que este servidor também estaria impossibilitado de fazer uso do sistema que não foi homologado pela SEFAZ.

Observo ainda que no levantamento fiscal efetuado pelo agente autuante, contido no Demonstrativo C2, reproduzido no CD anexado à fl. 82 dos autos, foi informado que houve a falta de pagamento ou pagamento a menor o ICMS - Simples Nacional, em virtude de ter incorrido o contribuinte em erro na determinação da Base de Cálculo ou das Alíquotas aplicáveis. Além da imprecisão da acusação, com uso da partícula alternativa “ou”, não há no demonstrativo citado a fonte/origem de onde foram extraídas as receitas supostamente omitidas. Houve tão somente a juntada de cópias de notas fiscais de entrada e saídas, relatórios de apuração do ICMS antecipação parcial e dados relacionados aos valores acumulados no ECF (equipamento emissor de cupom fiscal) do contribuinte, não havendo qualquer vinculação dessas informações com o levantamento fiscal efetuado com o uso do sistema PRODIFE, que possivelmente gerou o Demonstrativo C2.

Há neste caso, também um claro cerceamento do direito de defesa, além da impossibilidade de se estabelecer o contraditório e deste juízo administrativo formar o seu convencimento quanto ao acerto ou não das apurações realizadas pelo autuante com o uso do Sistema PRODIFE, posto que a revisão do levantamento fiscal não poderá ser efetuada seguindo a metodologia daquele sistema cujo direito de uso, conforme já afirmado linhas acima, foi retirado da SEFAZ-BA e transferido a terceiros.

Fazendo uso de uma figura de linguagem, o levantamento fiscal que gerou o presente Auto de Infração se encontra dentro de uma “caixa preta” cujas informações não podem ser decodificadas pelos integrantes do fisco estadual e nem mesmo pelo contribuinte.

Pelas razões acima expostas voto pela NULIDADE do Auto de Infração, com fundamento no art. 18, incisos II e IV, letra “a”, do RPAF/99, por está configurado o cerceamento do direito de defesa e contraditório, previsto na Constituição Federal e nas normas de regência do processo administrativo fiscal. Está configurada também a impossibilidade de se revisar os critérios de quantificação do imposto, elaborados com o uso do sistema PRODIFE, resultando em imprecisão da acusação.

Recomenda-se à Repartição de origem do PAF que proceda à renovação de todo o procedimento fiscal com a adoção dos roteiros e sistemas de fiscalização disponíveis na SEFAZ-BA, com as devidas explicações da execução do roteiro nos papéis de trabalho e demais peças dos autos, e o detalhamento de todas as etapas de apuração do imposto, para que seja exercido, na plenitude, o direito de defesa e o contraditório. Da mesma forma deve ser preservado no PAF as informações que possibilitem a formação do convencimento das autoridades fiscais que atuam no contencioso fiscal.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **232209.3032/16-2**, lavrado contra **ALUMÍNIO SALVADOR EIRELI - EPP**.

Recomenda-se a renovação da ação fiscal a salvo dos vícios apontados neste Acórdão.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de agosto de 2017.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - PRESIDENTE

TOLSTOI SEARA NOLASCO – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA