

**A. I. Nº** - 232272.0003/17-3  
**AUTUADO** - D&G COMÉRCIO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA. - ME  
**AUTUANTE** - JOÃO AUGUSTO DE MORAIS MEDRADO  
**ORIGEM** - INFAZ ATACADO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 10.01.2018

## **2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO JJF Nº 0173-02/17**

**EMENTA:** ICMS. SIMPLES NACIONAL. RECOLHIMENTO A MENOR. ERRO NA INFORMAÇÃO DA RECEITA E/OU ALÍQUOTA APLICADA A MENOR. Autuação realizada a partir de dados fornecidos pelo contribuinte, que não trouxe ao feito qualquer elemento consistente para elidir a infração. Não acolhidas as preliminares. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

## **RELATÓRIO**

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 06 de fevereiro de 2017 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$268.998,53 além de multa percentual de 75%, pela constatação da seguinte infração:

Infração 01. **17.02.01.** Efetuou recolhimento a menor de ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), implicando, desta forma, em não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou de alíquota aplicada a menor, no período de janeiro de 2013 a dezembro de 2015.

A empresa autuada apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 126 a 132, onde após firmar a sua tempestividade, e fazer uma sinopse dos fatos, argui, inicialmente, que requisito essencial à validade do ato administrativo diz respeito à capacidade e competência do Agente para praticá-lo, sendo o lançamento lavrado por agente incompetente, isto é, Agente de Tributos.

Assevera que a lavratura de Auto de Infração na espécie, conforme inteligência do artigo 6º, inciso I, e artigo 7º da Lei Estadual 8.210/2002 combinado com os parágrafos 2º e 3º do artigo 107 do Código Tributário do Estado da Bahia, Lei 3956/81, é de competência exclusiva e privativa de Auditor Fiscal.

Após reforçar o registro de que são atribuições privativas do Auditor Fiscal constituir privativamente créditos tributários por meio de lançamento de ofício com lavratura de Autos de Infração, assevera que nesse contexto, o esforço hermenêutico aplicado ao caso alcança conclusão inevitável de que o Agente de Tributos só poderia exercer o *múnus* de fiscalização no trânsito de mercadoria, ou, envolvesse pessoas jurídicas submetidas ao regime diferenciado de tributação, Simples Nacional, sempre com a coordenação de um Auditor Fiscal.

Afirma, ainda, que o caso vertente admite conclusão no sentido de que todo o ato hostilizado está maculado pela ausência de agente competente, por se tratar de Auto de Infração que não é decorrente da fiscalização de trânsito, bem como, não se tratar de fiscalização de microempresa e empresa de pequeno porte, e a incompetência do agente avilta todo o procedimento devendo este ser declarado nulo, nos termos do inciso I do artigo 18 do RPAF/BA, porquanto, não está enquadrada no regime especial de tributação previsto na Lei Complementar 123/2006, conforme se extrai de informação constante no sistema de consulta pública fornecido pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, que anexa.

Menciona o fato de, em situação idêntica, este Conselho, através da 2ª JJF, decidiu pelo reconhecimento da nulidade do Auto de Infração, em decorrência da incompetência do agente, na forma da Ementa transcrita.

Diante do exposto, requer, preliminarmente, que seja o presente Auto de Infração, decretado nulo, acatando-se, já em preliminar, os fundamentos jurídicos expendidos até então.

A seguir, aborda a previsão do RPAF/99, em seu artigo 2º, de que *“na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, atender-se-á aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito”*, sendo possível extrair, da exegese do dispositivo supra, que a ampla defesa é assegurada como corolário em respeito ao devido Processo Legal, postulado típico do Estado Democrático de Direito.

Garante que, na espécie, não houve cumprimentos às formalidades previstas na legislação tributária estadual, o que faz incidir a norma prevista no artigo 18 inciso II do RPAF/BA, tendo havido preterição ao direito de defesa, sendo certo é que, todas as decisões e atos administrativos que tenham repercussão na esfera de direitos do contribuinte, deverão ser comunicados de acordo com o figurino legal, conforme previsto no inciso VII do artigo 39, artigo 123 e 108, todos do RPAF/99, consoante transcrição.

Assim, a ausência do pressuposto processual que valide os atos seguintes ao da lavratura da Notificação Fiscal de Lançamento faz incidir o expediente do inciso II do artigo 18 do RPAF/99, por sério comprometimento do direito à defesa que o Contribuinte faz jus, trazendo à discussão que, muito embora o RPAF/99 determine a entrega de cópias físicas, o CONSEF/BA tem admitido em situações específicas a entrega de mídia (CD-ROM) com os documentos necessários à instrução do PAF em substituição à entrega física dos documentos que serviram de orientação à lavratura do Auto de Infração.

Ocorre que, no caso, além de não terem sido entregues tais documentos na forma física, o CD-ROM fornecido, encontra-se corrompido, sem nenhum arquivo gravado, conforme segue em anexo, não tendo o preposto fiscal disponibilizado ao contribuinte todos os papéis de trabalho necessários à confecção da defesa, o que macula todo o procedimento por cerceamento do direito de defesa.

Após transcrever o teor do artigo 44 do RPAF/99, afirma que as ausências dos pressupostos previstos nos dispositivos invocados geram inúmeras consequências que inviabilizam o exercício regular do seu direito de defesa, já que não teria à sua disposição todos os documentos necessários para impugnar com precisão os itens pontuados pelo preposto fiscal.

Em outras palavras, o fato de não terem sido entregues todos os papéis de trabalho, seja na forma física ou, excepcionalmente, virtual, a exemplo das Notas Fiscais que serviram de suporte à autuação, que permitisse ao contribuinte exercer com primazia o seu direito Constitucional da ampla defesa, tão bem hospedado no artigo 2º do RPAF/BA, impõe a nulidade absoluta de todo o procedimento de lançamento de ofício, nos termos do inciso II do artigo 18 do RPAF/BA, transcrito.

Assim, diz restar evidente a nulidade suscitada, devendo este CONSEF declarar nulo o Auto de Infração, por vício insanável, em vista do flagrante cerceamento do direito de defesa, caso estejam ultrapassados os fundamentos apresentados relativamente à incompetência do autuante, o que requer.

No mérito, pontua que o preposto fazendário não trouxe aos autos quais foram os documentos utilizados para fins de identificação da coluna “B” do anexo referente ao “CÁLCULO DA RECEITA APURADA”, apenas resumiu em afirmar que houve emissão de Notas Fiscais, por exemplo, para o mês de Janeiro de 2013, no valor de R\$ 167.745,92, com base, exclusivamente, numa suposta planilha de cálculo, não havendo nos autos comprovação efetiva dos valores lançados pelo autuante, notadamente porque não estão presentes as Notas Fiscais que deveriam ter sido utilizadas de fundamento à autuação.

Aborda que as ausências das informações concernentes à demonstração dos documentos fiscais suprimiram dados importantes à identificação minuciosa dos fatos geradores do ICMS vertentes à substituição tributária, não incidência, redução de base de cálculo, bem como, isenções e demais situações que poderiam repercutir no cálculo do valor devido, sendo erro crasso, portanto, do preposto fazendário, em não instruir os autos com documentação apta a determinar os elementos formadores do lançamento tributário, notadamente aqueles exigidos na forma do artigo 142 do Código Tributário Nacional (CTN), uma vez que a pessoa jurídica está obrigada a manter em dia suas obrigações fiscais, inclusive, com a disposição de livros necessários à contagem de estoque, que seriam essenciais à lavratura do Auto de Infração.

Portanto, a situação em tela exige que seja aberta diligência a fim de que seja oportunizado ao contribuinte apresentar todos os documentos necessários à identificação dos fatos geradores, com base em informações competentes, sem supressão de documentos (papéis de trabalho), notas fiscais, que sejam essenciais ao exercício regular do contraditório e da ampla defesa, uma vez que o próprio autuante admite que a sua fiscalização foi baseada tão somente na planilha apresentada pela empresa, sem adentrar aos elementos necessários à correta execução do roteiro de fiscalização empenhado, levou em consideração informações em detrimento de documentos fiscais idôneos, a exemplo das notas fiscais emitidas pela mesma.

Por derradeiro, destaca que o índice de proporcionalidade utilizado para fins de identificação de substituição tributária não espelha a veracidade das operações mercantis realizadas, afirmando comercializar bens que, em sua grande maioria, a exemplo de chocolates, estão submetidos pela substituição tributária, portanto, revela-se necessário que seja determinada a abertura de diligência a fim de que sejam verificados todos os itens comercializados, por operação, mediante cotejamento das notas fiscais emitidas pelo contribuinte, não se limitando apenas em mera importação de valores planilhados para compor o cálculo da Receita Apurada empregando o uso da proporcionalidade em operações submetidas à substituição tributária.

Finaliza requerendo seja a presente impugnação integralmente acatada, julgando-se o Auto de Infração nulo, nos termos dos fundamentos acima, ou, no mérito, julgue o presente auto de infração improcedente, e, em caso remoto, se entendesse por ultrapassadas as questões fundamentadas que culminem na decretação da nulidade e/ou improcedência do presente, que seja determinada abertura de diligência, nos termos fundamentados acima.

Diante da alegação do sujeito passivo de que a mídia contendo as informações do processo se encontrava corrompida, a Inspetoria da circunscrição do sujeito passivo fez a entrega de CD, contendo as informações do feito, conforme fls. 150 e 151, com reabertura do prazo de defesa, sem qualquer manifestação do contribuinte.

Em 28 de agosto de 2017 foi o processo encaminhado para o autuante, a fim de prestar a necessária informação fiscal.

Nesta, constante às fls. 153 a 155 o mesmo esclarece que lavrou o Auto de Infração relativo a contribuinte optante pelo Simples Nacional, cujo levantamento foi realizado com base nas receitas informadas nas Planilhas de Faturamento anual, anexadas às fls. 121 a 123.

Quanto à sua incompetência para fiscalizar empresa excluída do Simples Nacional, retruca no sentido de ter sido o mesmo excluído do Simples Nacional em 31 de dezembro de 2016, e a Ordem de Serviço 500.215/17 contemplar os exercícios 2013, 2014 e 2015. Logo, a lavratura do Auto de Infração em tela diz respeito aos exercícios em que a empresa se encontrava como optante deste sistema simplificado de tributação.

Frente ao argumento de estar o arquivo magnético corrompido, impedindo o acesso às informações contidas na mídia, com alegação de cerceamento de defesa e requerimento de reabertura de prazo, diz que, em 23 de maio de 2017 entregou nova mídia ao contribuinte, cujos arquivos foram abertos em sua presença, sendo reaberto prazo de 60 (sessenta) dias para apresentação de nova defesa, contados a partir da data supracitada.

Anota que na forma de registro à fl. 09, o contribuinte recebeu a via do Auto de Infração, juntamente com os relatórios do programa AUDIG. Posteriormente, com a entrega da nova mídia, teve seu prazo de defesa prorrogado em sessenta dias. Contudo, transcorrido este prazo, não se manifestou, e, portanto, não houve o aludido cerceamento de defesa.

Quanto ao argumento de não haver nos autos comprovação efetiva dos valores lançados pelo autuante, notadamente porque não estariam presentes as notas fiscais que deveriam ter sido utilizadas como fundamento à autuação, afirma que se não há nos autos as notas fiscais de saídas que comprovem as receitas informadas no demonstrativo (anexo às fls. 121 a 123), é porque tais documentos que são emitidos pelo contribuinte não foram entregues ao Fisco, mesmo com a prorrogação do prazo de defesa, sendo os valores lançados no levantamento fiscal baseados no demonstrativo apresentado pelo contribuinte, cujas receitas estão compatíveis com as compras existentes no banco de dados da SEFAZ, foram aceitas como comprovação de suas vendas realizadas nos exercícios fiscalizados.

Aponta, ainda, não ter sido atendida intimação de fl. 08, que solicitou exatamente os seguintes Livros e/ou documentos: Livro Registro de Entradas; Registro de Inventário; Livro Razão ou Livro Caixa; Notas Fiscais de Saídas; Comprovantes de Recolhimentos (DAEs); Reduções “Z”.

Para o pedido de diligência formulado, contesta diante do fato de ter sido concedida segunda chance para apresentação de livros e documentos fiscais, todavia o contribuinte omitiu-se, não se manifestando durante o novo prazo que lhe foi concedido.

Em relação à alegação de que o índice de proporcionalidade não espelha a veracidade, esclarece que os percentuais da proporcionalidade aplicados para segregar as receitas da substituição tributária foram extraídos dos demonstrativos apresentados pelo próprio contribuinte, os quais estão compatíveis com os percentuais encontrados nas notas fiscais eletrônicas de compras constantes no banco de dados da SEFAZ, o que leva à conclusão de não proceder o pedido de nulidade ou improcedência do Auto de Infração em lide, lavrado de acordo com o que preceitua a LC 123/06, a Lei 7.014/96 e o RPAF/99.

## VOTO

O lançamento constitui-se em uma única infração arrolada pela fiscalização, objeto de defesa por parte da empresa autuada.

O autuante, quando do lançamento, descreveu com precisão a infração cometida, apontando a conduta praticada pelo contribuinte, os artigos infringidos, a previsão legal da multa, os prazos para interposição de defesa, ou usufruto do benefício de redução dos percentuais de multa, além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida no artigo 39 do RPAF/99, ainda assim, existem questões preliminares a serem apreciadas, o que farei a seguir.

Ressalto que a empresa autuada compareceu ao processo, exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa, prova disso é que abordou todos os aspectos da infração trazendo fatos e argumentos que ao seu entender elidiriam a mesma, com precisão e exercendo sem qualquer restrição o contraditório.

Analisando às preliminares aventadas pela defesa, quanto a nulidade vislumbrada pelo sujeito passivo pelo fato do lançamento ter sido efetuado por “autoridade incompetente”, na medida o lançamento de ofício seria ato privativo dos Auditores Fiscais, valem algumas considerações.

Em primeiro lugar, observo que a atribuição para a constituição do crédito tributário encontra-se prevista no artigo 107 e parágrafos da Lei 3.956/81, que vem a ser o Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB), em alteração prevista pela Lei 11.470/09, de 08 de abril de 2009, DOE de 09 de abril de 2009, efeitos a partir de 01 de julho de 2009:

*“Art. 107. Compete à Secretaria da Fazenda a fiscalização e arrecadação dos tributos estaduais.*

*§ 1º A função fiscalizadora será exercida pelos Auditores Fiscais e pelos Agentes de Tributos Estaduais.*

*§ 2º Compete aos Auditores Fiscais a constituição de créditos tributários, salvo na fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e de empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional.*

*§ 3º Compete aos Agentes de Tributos Estaduais a constituição de créditos tributários decorrentes da fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional”.*

O próprio sujeito passivo entabula a sua defesa, apontando ter sido empresa optante pelo regime de apuração previsto no chamado Simples Nacional, e nesta condição, a fiscalização compete, sim, aos Agentes de Tributos Estaduais, no período em que permaneceu como optante de tal regime, na forma do § 3º acima transcrito, tendo, pois, quanto a esse aspecto, o devido respaldo legal.

Da mesma forma, o Acórdão trazido como parâmetro pelo sujeito passivo não pode ser acolhido, diante do fato de não se referir à mesma situação fática.

Verifico que a empresa esteve inscrita na condição de optante do Simples Nacional no período de 09 de novembro de 2010 a 31 de dezembro de 2016, conforme informações constantes nos sistemas da SEFAZ, e o período fiscalizado foi de janeiro de 2013 a dezembro de 2015, ou seja, incluso naquele em que de forma efetiva a empresa se encontrava na condição de optante do Simples Nacional, e, conseqüentemente, sujeita a fiscalização por Agente de Tributos Estaduais, na forma da legislação acima mencionada e transcrita. Assim, descabe tal argumento, uma vez que somente vislumbraria a alegada nulidade aventada na defesa, caso a fiscalização fosse feita por Agente de Tributos Estaduais no período posterior a 01 de janeiro de 2017, quando o contribuinte já se encontrava na condição de normal frente a apuração do imposto.

Por tais razões, não acolho tais argumentos.

Quanto ao fato de alegar a empresa autuada que a mídia recebida e que conteria os dados referentes à autuação se encontrar corrompida, diante da entrega de outra mídia, aberta e verificada a integridade de seu conteúdo, foi sanada, e, conseqüentemente, fica refutado tal argumento, diante da providência adotada.

Da mesma forma, o argumento de cerceamento de defesa não pode prosperar, diante do fato de que, tendo sido o lançamento feito por pessoa com capacidade legal para tal, tendo sido entregue nova mídia com todos os elementos que serviram de base para a autuação, com reabertura de prazo para apresentação de defesa, embora o contribuinte se mantivesse silente, há de se perguntar onde estaria a mesma, diante do fato de lhe ter sido garantido o exercício pleno de tal direito, prova disso é que neste momento se analisam os seus argumentos defensivos.

E a ampla defesa foi plenamente exercida no presente feito, repito. Para Vicente Greco Filho a ampla defesa se constitui tendo por pilares cinco fundamentos: “a) *ter conhecimento claro da imputação*; b) *poder apresentar alegações contra a acusação*; c) *poder acompanhar a prova produzida e fazer contraprova*; d) *ter defesa técnica por advogado, cuja função é essencial à Administração da Justiça (artigo 133 da Carta Magna)*; e e) *poder recorrer da decisão desfavorável*”.

Em apertado resumo, pode-se concluir que enquanto o contraditório é a oportunidade garantida ao acusado de defender-se contra o que lhe é imputado, a ampla defesa é o usufruto desta garantia, através das ferramentas permitidas em direito.

Ao apresentar impugnação, se insurgindo frente ao lançamento contra si lavrado, o contribuinte está, no âmbito administrativo, fazendo uso do seu direito ao contraditório e a ampla defesa, sendo entendimento pacífico que, tais garantias só podem ser invocadas neste momento, ou seja, no momento em que se configura a instauração do contencioso. E tais garantias não somente lhe foram concedidas, como, de igual forma, utilizadas neste feito, inclusive com reabertura de prazo de defesa, ainda que dela resultasse apenas o silêncio da empresa autuada, razão pela qual não acato a tese defensiva.

O processo administrativo é, pois, figura indispensável no controle de mérito e da legalidade dos atos administrativos. A atividade fiscalizadora da Administração Tributária nunca poderá violar os direitos e garantias individuais do contribuinte, desta feita, é garantido ao particular o direito ao devido processo legal e todas as demais garantias constitucionais. Este processo tem por finalidade garantir soluções para conflitos entre Administração e Administrados, praticando a revisão da legalidade de seus atos, no sentido de discutir uma possível ilegalidade no ato administrativo e de minimizar os efeitos de possíveis equívocos que, por ventura, os agentes da administração possam ter cometido, durante a execução das atividades de sua competência, sem que para isso, tenha que recorrer ao Poder Judiciário.

A ampla possibilidade de produção de provas no curso do Processo Administrativo Tributário alicerça e ratifica a legitimação de tal princípio, tendo sido ela amplamente garantida, ainda que as mesmas não fossem carreadas ao processo pelo sujeito passivo.

Quanto ao argumento da falta de demonstração dos documentos fiscais, os mesmos se encontram devidamente encartados na mídia, de cujo teor o contribuinte teve acesso, sem que esboçasse qualquer indicação quanto aos dados, elementos e valores ali contidos, o que por certo enfraquece em muito os argumentos defensivos.

Observo que embora em trecho da defesa o contribuinte fale em disponibilidade de livros necessários à contagem de estoque, que seriam essenciais à lavratura do Auto de Infração, tal roteiro não foi executado nos trabalhos de auditoria, nem a infração apurada dele decorre, e sim, das informações prestadas pelo próprio contribuinte ao enviar mensalmente as informações acerca de sua receita bruta, e outros elementos necessários à transmissão da DASN.

Quanto ao pedido de diligência, nego o mesmo, tal como solicitado na peça defensiva, por entender que os dados constantes no processo são suficientes para a sua apreciação, nos termos do artigo 147 do RPAF/99, segundo o qual, deverá ser indeferido o pedido de diligência, quando o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável; for destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos; e de perícia fiscal, quando a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos; for desnecessária em vista de outras provas produzidas; a verificação for impraticável.

O entendimento doutrinário, inclusive, é o de que o deferimento de diligência ou perícia deve obedecer a uma série de requisitos, contidos na norma legal. Todavia, o não atendimento desses requisitos é causa de descon sideração do pedido sem que isso signifique cerceamento do direito de defesa.

Ainda que atendidos todos os requisitos para a sua concessão, caso a autoridade julgadora entender que o pedido é prescindível, deverá fundamentar o indeferimento, sob pena de nulidade da decisão por cerceamento do direito de defesa. Como decorrência do princípio da livre convicção, as diligências ou perícias também podem ser requeridas de ofício pela autoridade julgadora, quando as entender necessárias, conforme autorização normativa, o que, contudo, não se afigura no presente caso.

Diante de tais considerações, impende dizer-se que ainda obedecendo aos requisitos legais, o pedido submete-se unicamente à decisão dos julgadores, conforme reza a legislação em vigor, não sendo, de igual forma, motivo para a solicitação de ofício, ficando o atendimento ou não do pedido submetido ao entendimento unicamente dos julgadores.

Ou seja: mais do que qualquer coisa, ela se apresenta como prerrogativa dos julgadores, diante do seu entendimento, ou da necessidade de coligir ao feito elementos que aclarem a discussão da lide, o que não é o caso do presente feito.

Ademais, não observou a autuada o teor do artigo 145 do RPAF/99, o qual determina que o interessado, ao solicitar a produção de prova ou a realização de diligência ou perícia fiscal,

deverá, no pedido, fundamentar a sua necessidade, o que, em momento algum conseguiu figurar na defesa.

Digno de registro é o fato da jurisprudência se posicionar no sentido, de inexistência de cerceamento de defesa, ante a negativa de tal pedido, a exemplo da decisão abaixo transcrita, oriunda do STJ:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 1º, § 2º, DA LEI N. 6.899/81. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SUMULA N. 211/STJ E 282/STF. PERÍCIA COMPLEMENTAR. NEGATIVA. AUSÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. LIVRE CONVENCIMENTO DO JULGADOR. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA N.7/STJ.

1. Aplica-se o óbice previsto na Súmula n. 211/STJ quando a questão suscitada no recurso especial, não obstante a oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pela Corte a quo.

2. O acesso à via excepcional, nos casos em que o Tribunal a quo, a despeito da oposição de embargos de declaração, não regulariza a omissão apontada, depende da veiculação, nas razões do recurso especial, de ofensa ao art. 535 do CPC.

3. Não implica cerceamento de defesa a negativa de realização de perícia complementar quando o julgador a quo, com base no livre convencimento motivado, foi suficientemente convencido pelas conclusões a que chegou o perito. A revisão desse entendimento demanda o reexame do conjunto fático probatório dos autos, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula n. 7 do STJ.

4. Agravo regimental desprovido.

Processo: AgRg no AREsp 314656 SP 2013/0074424-1

Relator(a): Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

Julgamento: 12/05/2015

Órgão Julgador: T3 - TERCEIRA TURMA

Publicação: DJe 18/05/2015” (grifo não original)

Como os documentos fiscais que o contribuinte afirmou possuir e que garantiriam, segundo suas palavras a comprovação da improcedência da autuação estão em seu poder, e nos termos do artigos 142 e 143 do RPAF/99, segundo os quais, 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, e a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal, respectivamente, não dou guarida a tal argumento.

E não se venha arguir que não lhe foi oportunizada tal possibilidade, uma vez que teve não somente a defesa inicial, como, igualmente quando da reabertura do prazo defensivo, e, além disso, diante da prevalência da verdade material, poderia, ainda que não em sede de diligência, trazer os fatos e elementos ao processo.

A respeito convém trazer decisão do CARF no Acórdão 1301001.958, publicado no Diário Oficial de 29 de março de 2016, que em se tratando de obrigação tributária, cuja constituição está condicionada ao princípio da legalidade, a busca pela verdade material deve prevalecer em detrimento de eventual alegação de preclusão, salvo, quando há hipóteses de abuso e má fé do contribuinte.

Desta forma, o sujeito passivo exercendo seu direito de ampla defesa concedido, pode a qualquer momento, desde que antes do julgamento de primeira instância, apresentar os documentos que, por qualquer razão, não o foram no momento adequado, sempre oportunizando a manifestação da parte contrária, no caso, o autuante, se manifeste a respeito.

Desta maneira, suplantadas as questões preliminares aventadas pela defesa, adentro na análise do mérito da autuação. A acusação é de 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 de alíquota aplicada a menor.

O fato de a autuada encontrar-se na condição de empresa optante pelo Simples Nacional, à época dos fatos geradores, me leva a fazer algumas observações adicionais.

Tal regime se caracteriza pelo recolhimento dos tributos abrangidos mediante documento único de arrecadação, o denominado DAS, bem como pelo fato de haver disponibilização às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte de sistema eletrônico para a realização do cálculo do valor mensal devido, geração do DAS, exigindo a apresentação de declaração única e simplificada de informações socioeconômicas e fiscais, sendo concedido prazo para recolhimento do DAS até o dia 20 do mês subsequente àquele em que houver sido auferida a receita bruta. Esta era a situação da empresa autuada, à época dos fatos geradores da autuação.

Pertinente mencionar o fato de que a implementação de tal sistema se deu através da promulgação da Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006, passando a produzir os seus efeitos a partir de 01 de julho de 2007.

Fato é que não trouxe a defesa qualquer elemento específico e preciso para contestar a autuação, limitando-se a alegações de natureza e caráter genérico e geral, ainda que oportunizada em duas ocasiões a possibilidade de contestá-los, o que não fez.

A tese defensiva quanto ao mérito, se inicia com a arguição de que não vieram aos autos a informação acerca dos documentos utilizados para fins de identificação da coluna “B” do anexo referente ao “CÁLCULO DA RECEITA APURADA”, apenas tendo afirmado que houve emissão de Notas Fiscais, por exemplo, para o mês de janeiro de 2013, no valor de R\$ 167.745,92.

Em verdade, conforme se denota da mídia que contém os levantamentos efetuados, a autuação se embasou nas informações prestadas pelo sujeito passivo quando da apuração mensal da denominada “cesta de tributos” que compõe o Simples Nacional, conforme se depreende dos documentos de fls. 101 e 102, 105 e 106, ou seja, do DASN, cujo preenchimento é de inteira responsabilidade do contribuinte autuado. Além disso, as notas fiscais ali arroladas foram emitidas de forma eletrônica, ou seja, de pleno conhecimento do contribuinte, que as detém a posse, e as informações nela contidas.

De outra forma, alega que o índice de proporcionalidade utilizado para fins de identificação de substituição tributária não espelha a veracidade das operações mercantis realizadas, não se detendo em explicitar por quais razões fez tal assertiva, devidamente contestada pelo autuante, o qual afirma que embora não apresentados, os dados das notas fiscais eletrônicas se encontram no banco de dados da SEFAZ, e, além disso, conforme já observado alhures, faltou ao contribuinte apontar a razão e motivos para tal afirmativa, o que fragiliza a defesa, além do que o sistema de auditoria utilizado faz tal cálculo a partir das informações constantes na DASN.

Outro fato a ir contra os argumentos defensivos foi a oportunidade que lhe foi concedida da reabertura de prazo de defesa, sem qualquer manifestação do contribuinte para provar as suas alegações de mérito, ainda que, apesar de alegar estar a mídia de dados corrompida, ter indicado, como mencionado acima, dados ali presentes.

Por tais razões, e diante do fato de não estarem presentes nos autos quaisquer elementos que venham a se contrapor de forma consistente à acusação fiscal, julgo o lançamento procedente, tal como lançado originalmente.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232272.0003/17-3** lavrado contra **D&G COMÉRCIO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA. - ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$268.998,53**, acrescido da multa de 75% prevista na



Lei Federal 9.430/96, na redação dada pela Lei 11.488/07, artigo 44, inciso I, e dos acréscimos legais.

Sala de Sessões do CONSEF, 07 de dezembro de 2017.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA