

PROCESSO - A. I. Nº 232272.0003/17-3
RECORRENTE - D&G COMÉRCIO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA. - ME
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0173-02/17
ORIGEM - INFAS ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 11/12/2018

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0305-11/18

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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pela autuada, em razão do Acórdão da 2ª JJF 0173-02/17, que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 06/02/2017, para exigir créditos tributários no valor histórico de R\$268.998,53, além de multa percentual de 75%, em decorrência 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.

Da análise dos elementos trazidos aos Autos, a referida Junta de Julgamento Fiscal, decidiu, por unanimidade, pela Procedência da infração com fundamento no voto condutor, abaixo transcrito:

VOTO

Compulsando os autos verifico que o presente processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF/99, tendo sido o imposto, a multa e suas respectivas bases de cálculo, evidenciados de acordo com demonstrativos detalhados do débito e com indicação clara do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo, além dos dispositivos da legislação infringidos.

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.

Analizando 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, consequentemente, 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, consequentemente, 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) 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 legitimidade 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 desconsideração 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.

Inconformada com o julgamento de primeira instância, a Recorrente apresenta o seu Recurso Voluntário, escorada nas razões a seguir discorridas, estribada no que dispõe o artigo 169, I, “b”, observado o prazo previsto no artigo 171, ambos do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, para contestar o exame e a decisão de piso.

Alega que não merece prosperar os fatos expostos pelos agentes fazendários, devendo ser nulo o Auto de Infração ora combatido, pois o requisito essencial à validade do ato administrativo diz respeito à capacidade e competência do Agente para praticá-lo, a exemplo do presente que passamos a hostilizar.

Aduz que Auto de Infração aqui vergastado foi lavrado por agente incompetente, isto é, Agente de Tributos. Em outras palavras, a lavratura de Auto de Infração na espécie, conforme inteligência do artigo 6º, inciso I, e artigo 7º da Lei Estadual nº 8.210/2002 c/c parágrafos 2º e 3º do artigo 107 do Código Tributário do Estado da Bahia, Lei nº 3956/81, é de competência exclusiva e privativa de Auditor Fiscal.

Registra que são atribuições privativas do Auditor Fiscal constituir privativamente créditos tributários por meio de lançamento de ofício com lavratura de Autos de Infração.

Traz que nesse contexto, o esforço hermenêutico aplicado ao caso *sub examine* alcança conclusão inevitável de que o Agente de Tributos só poderá exercer o *múnus* de fiscalização quando for matéria concernente ao trânsito de mercadoria, ou, envolver pessoas jurídicas submetidas ao regime diferenciado de tributação, Simples Nacional, sempre com a coordenação de um Auditor Fiscal.

Assevera que no caso vertente 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.

Assim, a incompetência do agente avulta todo o procedimento devendo este ser declarado nulo, nos termos do inciso I do artigo 18 do RPAF/BA, porquanto, a Impugnante não está enquadrada no regime especial de tributação previsto na Lei Complementar nº 123/2006, conforme se extrai de informação constante no sistema de consulta pública fornecido pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, em anexo.

Traz que, em situação idêntica, este Colendo Conselho, através da 2ª JJF, Acordão nº 0107/02-16, decidiu pelo reconhecimento da nulidade do Auto de Infração, em decorrência da incompetência do agente.

Observa que a decisão vergastada trouxe o entendimento de que o fato de a recorrente estar fora do regime do Simples Nacional na data de expedição da Ordem de Serviço não inviabilizaria a fiscalização perpetrada por fiscal incompetente, já que, no período fiscalizado, a recorrente estaria submetida ao regime previsto na LC 123/2006, isto é, Janeiro de 2013 a Dezembro de 2015.

Reforça 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, resumiu-se apenas 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. Referida linha de argumentação, infelizmente, foi refutada pela Junta de Julgamento Fiscal, ao desconsiderar o pleito do contribuinte.

Aduz que não há nos autos comprovação efetiva dos valores lançados pelo fiscal autuante, notadamente porque não estão presentes as Notas Fiscais que deveriam ter sido utilizadas de fundamento à autuação. A simples sobreposição aleatória de Notas Fiscais não poderia servir de fundamento à autuação, razão pela qual, a fim de se alcançar a verdade material, a recorrente colaciona aos autos todos os documentos fiscais relativos ao período fiscalizado.

A Recorrente traz que com a situação em tela, exige que seja aberta diligência, a fim de oportunizar ao contribuinte o direito de 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.

Observa que na oportunidade de apresentação da peça impugnatória, seria inviabilizada a apresentação dos documentos fiscais, em face das exigências burocráticas do atendimento ao público, notadamente no Serviço de Atendimento ao Cidadão, que se recusa a recepcionar documentos apresentados e imprescindíveis à defesa, a exemplo das Notas Fiscais em anexo.

Traz, que se possível for, a Recorrente colacionará mediante protocolização junto ao um dos setores de atendimento mantido pela própria SEFAZ/BA, a fim de corroborar com verdade material, revelando-se imprescindível a realização de diligência para que, ultrapassada a preliminar de nulidade, o débito seja revisto, para fins de consideração de mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária, antecipação parcial etc.

Aduz que, o próprio fiscal admite que a sua fiscalização teve como base tão somente planilha apresentada pela Contribuinte, 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 Recorrente.

Destaca que o índice de proporcionalidade utilizado para fins de identificação de substituição tributária não espelha a veracidade das operações mercantis realizadas pela Impugnante, por tal razão, a recorrente junta aos autos todos os documentos fiscais relativos ao período fiscalizado.

A Recorrente observa que, comercializa 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 pela 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.

Observa também, que é obrigação da Fazenda Estadual apontar com exatidão todos os reais valores que foram considerados na apuração da base de cálculo do ICMS lançado, inclusive, eliminando a tributação já efetuada, por ocasião da substituição tributária.

Por fim, requer que, pelas razões expostas, que o Auto de Infração hostilizado seja julgado improcedente.

Requer ainda, caso seja este o entendimento de V. Sas., que seja determinada diligência para apuração real da Base de Cálculo, segundo os critérios da proporcionalidade, ou, caso não seja possível, o da Preponderância.

VOTO

O objeto do presente Recurso Voluntário é de uma única infração, que foram julgadas pela Primeira Instância Procedente, no valor de R\$268.998,53, além de multa percentual de 75%, lavrado em face do cometimento da seguinte infração:

“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.”

Em relação a solicitação de perícia e diligência, indefiro as solicitações, com fulcro no Art. 147, I, “a”, e II, “a” e “b”, do RPAF/99, por ser destinada a verificar fatos vinculados à escrituração fiscal e por constatar que o processo contém elementos suficientes para a formação de minha

convicção para a decisão sobre a lide, bem como pelo fato da prova pretendida não depender do conhecimento especial de técnicos e ser desnecessária em vista de outras provas produzidas.

Na informação fiscal (fls. 153/155), o autuante informa que a Recorrente foi excluído do Simples Nacional em 31/12/2016, e que a Ordem de Serviço nº 500215/17 contempla os exercícios 2013, 2014 e 2015. Conclui que, a lavratura do Auto de Infração diz respeito aos exercícios em que a empresa se encontrava como optante do Simples Nacional.

Em relação a alegação da Recorrente de que não merece prosperar os fatos expostos pelos agentes fazendários, devendo ser nulo o Auto de Infração ora combatido, pois o requisito essencial à validade do ato administrativo diz respeito à capacidade e competência do Agente para praticá-lo, razão não assiste a Recorrente.

Pois, como regra, 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, conforme dispõe o Art. 107, §3º da Lei nº 3.956/81, que no presente caso, trata-se de um Auto de Infração lavrado em consequência de uma ação fiscal ocorrida em um estabelecimento comercial, sob o Regime Normal de Apuração do ICMS, entretanto, os anos fiscalizados a referida empresa se encontrava no regime simplificado de tributação (SIMPLES NACIONAL), nos termos do citado dispositivo, o autuante tem competência para a lavratura de Auto de Infração, o que é o caso do presente processo, pois na data do cometimento da infração a Recorrente estava sob o regime de tributação simplificada.

Já o mencionado acórdão, que traz que em situação idêntica, este Colendo Conselho de Fazenda, através da 2ª JJF, Acordão nº 0107/02-16, decidiu pelo reconhecimento da Nulidade do Auto de Infração, em decorrência da incompetência do agente, nesse caso em apreço, a Empresa na data dos seus fatos geradores não mais estava sob o regime de tributação simplificada, no referido caso, a conclusão da auditoria em que resultou na autuação, a INFIP tinha encaminhado para INFAZ VAREJO, solicitação através do Boletim de Inteligência Fiscal INFIP nº 1239/2016, da exclusão do contribuinte autuado, do Regime de Apuração do Simples Nacional, com efeitos a partir de 01 de janeiro de 2015, assim, não trata de situação idêntica ao caso em apreço.

Analisando a indagação de 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, onde aponta que resumiu-se apenas 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, descortino a referida linha de argumentação, como já foi refutada pela Junta de Julgamento Fiscal, ao desconsiderar o pleito do contribuinte.

Na verdade, conforme demonstrado na mídia que contém os levantamentos efetuados, a autuação se embasou nas informações prestadas pelo sujeito passivo quanto da apuração mensal do Simples Nacional, conforme se depreende dos documentos de fls. 101 e 102, 105 e 106, ou seja, do DASN, cujo preenchimento é de responsabilidade da Recorrente. 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.

A JJF julgou o auto Procedente, alicerçado nos argumentos de afastamento das preliminares, do pedido de diligência e na argumentação de que o período fiscalizado se encontrava sob o regime simplificado de tributação (Simples Nacional), assim, afastando os fundamentos trazidos pela Recorrente da incompetência do Agente de Tributos para a prática de tais atos.

Assim o ato hostilizado não está maculado pela ausência de agente competente, pois se trata de fiscalização de microempresa e empresa de pequeno porte, assim, razão não assiste a Recorrente.

Diante do exposto, e à luz da legislação aplicável, entendo que nada existe a ser modificado no julgamento recorrido, por isso ratifico integralmente o julgamento efetuado pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal, dessa forma voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Voluntário

apresentado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 232272.0003/17-3 lavrado contra **D&G COMÉRCIO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA. - ME**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$268.998,53**, acrescido da multa de 75%, previsto no art. 44, I, da Lei Federal nº 9.430/96, redação dada pela Lei nº 11.488/07, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de novembro de 2018.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ELDE SANTOS OLIVEIRA – RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA – REPR. DA PGE/PROFIS