

PROCESSO - A. I. Nº 180459.0001/14-0
RECORRENTE - A S A OLIVEIRA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES – EIRELI (TRAMPOLIM) – EPP
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JF nº 0070-05/15
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 18/08/2015

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0229-12/15

EMENTA: ICMS. 1. SIMPLES NACIONAL. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. DESENQUADRAMENTO. CONSTITUIÇÃO DA EMPRESA COM A INTERPOSIÇÃO DE PESSOAS QUE NÃO SÃO SUAS EFETIVAS SÓCIAS OU PROPRIETÁRIAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Há vício que macula a acusação fiscal, pois a acusação fiscal atribuiu ao Sujeito Passivo o cometimento no fato em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do imposto. No entanto, registra-se que o citado livro sequer é exigido dos contribuintes optantes do SIMPLES NACIONAL, também, verifica-se que no Termo de Arrecadação não consta que o dito livro tenha sido solicitado pela fiscalização. Verifica-se, ainda, que o preposto do fisco procedeu ao refazimento do conta corrente fiscal do Sujeito Passivo. Acusação fiscal incompatível com a realidade fática. Decretada, de ofício, nulidade da imputação. Recomenda-se a possibilidade de se fazer o levantamento fiscal a salvo das falhas apontadas, a rigor do art. 21, do RPAF/BA. Modificada a Decisão recorrida. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração caracterizada. Preliminares de nulidade suscitadas rejeitadas. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, tempestivo, interposto em face da Decisão primária que julgou Procedente o Auto de Infração, exigindo do autuado o valor total de R\$5.974,06, acrescido da multa e dos acréscimos legais.

O Auto lavrado contra o recorrente em 20/03/2014 decorre de duas acusações fiscais, abaixo transcritas, todas motivadoras do Recurso Voluntário que se apreciará, como segue:

***Infração 01** – Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS. ICMS no valor de R\$ 5.544,32 e multa de 60%.*

***Infração 02** – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Multa de R\$ 429,74.*

Da apreciação dos argumentos defensivos, bem como das contra razões do autuante, a 5ª JF, à unanimidade, decidiu pela total procedência da autuação, tudo com substância no voto do Relator de primeiro grau abaixo transcrito:

VOTO

(...)

No mérito a autuação decorreu do desenquadramento do Simples Nacional, por meio do Edital nº 09/2012, publicado no D.O.E em 03 de maio de 2012, cópia fl. 84, em decorrência de possuir sócios com mais de 10% do capital de outra empresa, conforme dispõe o art. 12, inciso VI da Resolução CGSN nº 04 de 30/05/2007, e da Resolução nº 15 de 23/07/2007.

O Edital também aponta como motivo da infração que a sociedade empresária auferiu receita bruta superior a R\$ 2.400.000,00 nos anos calendários anteriores (2006, 2007, 2008), conforme dispõe no inciso I do art. 12 da Resolução CGSN nº 04 de 30/05/2007 c/c inciso I do art. 3º, Resolução CGSN nº 15, de 23/07/2007.

Reza o Art. 387 do RICMS/BA que as . “As microempresas e empresas de pequeno porte excluídas do Simples Nacional sujeitar-se-ão às normas de tributação aplicáveis aos demais contribuintes do ICMS, podendo, se for o caso, optar pelo regime de apuração em função da receita bruta.”

Constato que o contribuinte foi notificado a respeito de sua exclusão do citado regime, por meio do Diário Oficial do Estado, edições de 03 de maio de 2012, tendo sido concedido o prazo de 30 (trinta) dias para impugnar a exclusão. Apesar disso, não foi apresentada qualquer impugnação contra a exclusão por parte do autuado.

Acrescento que o aludido procedimento levado a efeito pela Repartição Fazendária encontra-se respaldado nos artigos 393-E a 393-H do RICMS/BA, que seguem abaixo reproduzidos:

“Art. 393-E. A exclusão do Simples Nacional será feita de ofício ou mediante comunicação da microempresa ou da empresa de pequeno porte, na forma determinada pela Resolução CGSN nº 15, de 23 de julho de 2007.

Art. 393-F. Na hipótese de exclusão de ofício, será expedido termo de exclusão e o contribuinte será comunicado da exclusão por meio de edital publicado no Diário Oficial do Estado, identificando-se o contribuinte pelo seu número de inscrição no cadastro.

Parágrafo único. Os demais dados de identificação do contribuinte e o motivo da exclusão serão disponibilizados pela Secretaria da Fazenda mediante acesso público ao endereço www.sefaz.ba.gov.br.

Art. 393-G. O contribuinte poderá impugnar a exclusão na repartição fazendária do seu domicílio fiscal, até 30 (trinta) dias após a publicação da comunicação, que será apreciada pelo Inspetor Fazendário.

Parágrafo único. No âmbito da DAT Metro, o titular da Coordenação de Processos apreciará a impugnação à exclusão do contribuinte.

Art. 393-H. Mantida a Decisão de exclusão do contribuinte, o termo de exclusão será registrado no Portal do Simples Nacional na Internet para que possa produzir seus efeitos.”

Concluo, desta forma, que ao lavrar o Auto de Infração em lide, o autuante apenas cumpriu a Ordem de Serviço oriunda da Inspeção Fiscal, seguida tão somente após o desenquadramento do autuado.

Na infração 01 a imposição fiscal tratou do recolhimento a menos do ICMS devido, em decorrência de desconhecimento entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, tendo em vista a perda do direito aos benefícios do Simples Nacional, com o débito sendo apurado no exercício de 2009, com base no regime de conta corrente fiscal, tendo em vista que é essa a modalidade de apuração do imposto, conforme consta do INC/SEFAZ - Informações do Contribuinte.

Constato que nessa infração os valores dos débitos se encontram apontados no demonstrativo de fl. 15, onde o autuante indicou os valores das entradas e das saídas, o que inclui os créditos da antecipação parcial. Ressalto que no título da planilha de fl. 15, consta a observação de que “Foram considerados os valores recolhidos pelo contribuinte como Simples Nacional, em todos os meses para dedução do ICMS a recolher. Em outros créditos colocamos as antecipações parciais efetuadas pelo contribuinte.”

Infração 01 resta caracterizada.

Quanto à infração 02, decorreu da entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação, sem o devido registro na escrita fiscal. Multa de 10%, sobre o valor comercial da mercadoria, prevista no art. 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96.

Não consta na defesa qualquer insurgência contra esta infração, fica procedente.

Voto pela **PROCEDÊNCIA** do Auto de Infração.

Protocolizado Recurso voluntário tempestivo, colacionados às fls. 107/128, o contribuinte vem aos autos e após breve relato dos fatos, de plano, contrariando a Decisão da Junta no sentido de denegar o pedido de perícia contábil, sob o fundamento de que estariam presentes os elementos aptos a formar a convicção dos julgadores de piso, entende o recorrente que devem ser julgados nulos os “atos administrativos” correspondentes, aduzindo que em casos de controvérsia em relação ao quanto seja efetivamente devido, faz-se mister a apuração do valor mediante perícia

pela ASTEC, em consonância com o princípio da verdade material. Cita a doutrina, a jurisprudência e a legislação.

Avançando, referindo-se à multa cominada à infração 1, diz que tem efeito confiscatório. Nessa seara, discorre sobre a matéria, invocando decisões administrativas e judiciais, bem como a doutrina, tudo no sentido de demonstrar afronta ao princípio constante no art. 150, IV, da Constituição Federal, além dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

No mérito, aduz que o lançamento não corresponde à realidade dos fatos, lembrando que a acusação fiscal (infração 1) não procede, pois procedeu ao recolhimento do imposto com base na legislação do SIMPLES, lembrando que estava enquadrada no citado regime especial de tributação e teria sido excluída de maneira arbitrária, sem que lhe fosse oportunizado o exercício da ampla defesa e do contraditório.

Referindo-se a Decisão exarada nos autos do processo nº 30594-06.2012.4.01.3300, diz que o acórdão recorrido *“...procede de forma equivocada e até certo ponto com entendimento temerário, se manter Decisão nesse sentido, desconsiderando assim a Decisão judicial proferida pela 11ª Vara Federal que determinou a imediata reinclusão do recorrente no regime do SIMPLES, sob a frágil alegação de que esta era uma Decisão “provisória” incorrendo dessa maneira em descumprimento de ordem judicial. Isto é um absurdo”*.

Na linha acima tracejada, afirma que na medida em que efetuou corretamente o recolhimento do imposto correspondente às exações fiscais, deve ser julgado improcedente qualquer autuação que divirja deste entendimento. Cita também decisões do CONSEF, também dizendo que *“Consoante se observa nos documentos que serão anexados (demonstrativos exemplificativos rubricado por profissional habilitado, além de cópias de Cupom Fiscal) tudo por cuidadosa amostragem, se verá utilizando o método de simples conferência que o contribuinte Recorrente não cometeu irregularidade de não cumprimento de obrigação principal”*.

Destaca que há inconsistência nos dados fornecidos pelas empresas administradoras de cartão de crédito, aduzindo que o cruzamento dos valores indicados nos *“Extratos de Pagamentos da SEFAZ e Demonstrativos de Recebimentos que serão apresentados pelo Contribuinte, ver-se-á que a grande maioria dos dados informados pelas operadoras e indicados pelo respeitado Auditor Fiscal atuante na sua ‘Planilha Comparativa de Vendas por meio de cartão de crédito/débito’, se verá que há inúmeras ocorrências diárias que coincidem com o da fiscalização. Restando, dessa maneira, efetivamente provado que não houve omissão de saída da forma como colocada no instrumento de lançamento fiscal de ofício”*.

Registra que se existiu omissão, esta foi de informações por parte das administradoras de cartão ou em algum outro caso isolado, lembrando que os *Extratos de Pagamentos e Demonstrativo de Recebimentos* emitidos pelas administradoras e através dos quais são comprovadas as vendas e pagamentos aos estabelecimentos comerciais *“... evidenciam a total regularidade dos valores que lhe foram repassados pelas administradoras, que não poderiam ser outros senão os mesmos indicados na “redução Z”*”.

Pelo que expôs, entende que o presente PAF deve ser convertido em diligência para que a ASTEC elabore Parecer técnico.

Pede a declaração de improcedência da autuação.

Voltando à discussão de preliminares, diz da nulidade da autuação em razão da nulidade do processo de exclusão do simples nacional que deu causa a lavratura do Auto de Infração.

Assevera que não poderia ter sido fiscalizada da forma como o foi, dado que a sua exclusão do SIMPLES NACIONAL se deu de forma ilegal, na medida em que teve cerceado o seu direito de defesa.

Com base no art. 28 da LC nº 123/2006, do art. 326 do RICMS e do art. 4º, §1º da Resolução nº 15/2007, assevera que por ocasião da exclusão de ofício da empresa optante do SIMPLES NACIONAL, a mesma deveria ter sido comunicada do início do processo de exclusão, tudo a

concluir que a exclusão que se faz sem obediência aos ditames normativos se consubstancia em ato ilegal, passível de nulidade, lembrando que no referido processo de exclusão, a legislação aplicável é aquela que regula o Processo Administrativo Fiscal neste Estado.

Nesse ponto, diz que o art. 108 do RPAF dispõe que a intimação do contribuinte quanto a qualquer ato, fato ou exigência fiscal deve ser feita pessoalmente, sendo, pois, inaplicável o art. 393-F do RICMS para comunicação da exclusão do SIMPLES NACIONAL à oro recorrente. Cita Decisão do TJ MG.

Ainda nessa linha, aduz que a modalidade de notificação do lançamento por edital constitui hipótese excepcional que dispensa que as informações venham a ser efetivamente comunicadas ao destinatário, o que afastaria a possibilidade de admissão da notificação por edital como meio isolado de comunicação do lançamento ao contribuinte com endereço certo e conhecido, fato que implicaria em ofensa ao princípio da ampla defesa e do contraditório. Entende, por derradeiro, que não havia motivo para a lavratura do presente autos de infração, vez que não lhe foi oportunizado defender-se no processo de exclusão do SIMPLES NACIONAL, por conta da ilegal comunicação do início do referido processo ter se dado por edital e não pessoalmente, como manda o RPAF.

Pugna, por fim, que o feito seja convertido em diligência, e que ao final seja julgado “... *NULO o Auto de Infração, julgando totalmente improcedente o PAF, por ser mister de justiça*”. Para a hipótese procedência total ou parcial da autuação, pede que seja reduzida a multa de 60% para 30%, consoante decisões emanadas do judiciário.

Não há manifestação da PGE/PROFIS em razão do valor em discussão.

VOTO

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 5ª JFJ deste CONSEF, acórdão JFJ 0070-05/15, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do quanto lhe é exigido.

O Recurso que ora se discute tem assento na acusação fiscal de haver o contribuinte recolhido a menor ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, além de ter dado entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal.

Em apertada síntese, a tese recursal, em sede de preliminar, tem assento na nulidade do lançamento por ter sido o recorrente desenquadrado do SIMPLES NACIONAL de maneira ilegal, além da nulidade derivada da negativa de realização de perícia fiscal.

Quanto ao desenquadramento do contribuinte do SIMPLES NACIONAL, vejo que as alegações recursais não podem prosperar. De fato, o desenquadramento de um contribuinte do SIMPLES NACIONAL impõe a observação do regramento próprio, sob pena de o referido processo ser declarado nulo. No caso dos autos, em que pese entender o recorrente que o aviso de desenquadramento por edital atenta contra o seu direito de defesa, há que ser lembrado que a Resolução CGSN nº 15, de 23/07/2007, no que se refere à Exclusão de ofício, como no caso em apreço, diz:

Art. 4 º-A competência para excluir de ofício ME ou EPP do Simples Nacional é da RFB e das Secretarias de Fazenda ou de Finanças do Estado ou do Distrito Federal, segundo a localização do estabelecimento, e, tratando-se de prestação de serviços incluídos na competência tributária municipal, a competência será também do respectivo Município.

(...)

§ 1º Será expedido termo de exclusão do Simples Nacional pelo ente federativo que iniciar o processo de exclusão de ofício. (Alterado pela Resolução CGSN nº 46, de 18 de novembro de 2008)

§ 2º Revogado. (Revogado pela Resolução CGSN nº 46, de 18 de novembro de 2008)

§ 3º Será dado ciência do termo a que se refere o § 1º à ME ou à EPP pelo ente federativo que tenha iniciado o

processo de exclusão, segundo a sua respectiva legislação. (Alterado pela Resolução CGSN nº 46, de 18 de novembro de 2008)

Vê-se que a referida resolução entrega à unidade federada a incumbência das providências necessárias ao desenquadramento quando verificadas as possibilidades previstas na legislação, o que foi efetivamente levado a efeito pelo Estado da Bahia, amparado pela regra insculpida nos artigos 387, e 393-E a 393-H, todos do RICMS/Ba, acima reproduzidos.

Pelo exposto, afasto a nulidade suscitada.

Com relação ao denegado pedido de perícia fiscal, a legislação é clara, dando ao julgador a prerrogativa de decidir se o feito está efetivamente pronto para julgamento, bem como o referido pedido deve se sustentar na legislação, de maneira a que possa ser acolhido, conforme reza o art. 145 do RPAF. De outra banda, como dito acima, pode o julgador denegar o pedido do impugnante, consoante o art. 147 do mesmo diploma.

Art. 145. *O interessado, ao solicitar a produção de prova ou a realização de diligência ou perícia fiscal, deverá, no pedido, fundamentar a sua necessidade.*

Parágrafo único. *Tratando-se de solicitação de perícia fiscal, o interessado deverá formular no pedido os quesitos a serem respondidos, sob pena de indeferimento de plano, podendo indicar, se preferir, seu assistente técnico, indicando sua qualificação e endereço.*

Art. 147. *Deverá ser indeferido o pedido:*

I - *de diligência, quando:*

- a) o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável;*
- b) 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;*

II - *de perícia fiscal, quando:*

- a) a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos;*
- b) for desnecessária em vista de outras provas produzidas;*
- c) a verificação for impraticável.*

§ 1º *A critério do órgão julgador, o pedido ou proposta de perícia fiscal poderá ser convertido em determinação de diligência, em atendimento ao disposto neste artigo.*

§ 2º *O indeferimento do pedido de prova, diligência ou perícia será feito:*

I - *pelo relator, quando este, individualmente, não houver acatado o pleito, devendo as razões do indeferimento serem enunciadas e fundamentadas na exposição do seu voto;*

II - *pela Junta ou Câmara de Julgamento, na fase de instrução do processo, caso em que:*

- a) o indeferimento deverá ser consignado na ata da sessão em que o mesmo for declarado;*
- b) por ocasião da Decisão da lide, o relator mencionará a ocorrência e os motivos do indeferimento no relatório do acórdão da Decisão.*

Assim, sendo de inteligência clara o disposto na legislação, não há que se acolher a nulidade que decorra da negativa de Perícia Fiscal conquanto os julgadores de primo grau procederam de maneira correta e fundamentada, haja vista que além de os elementos trazidos aos autos serem suficientes à formação do convencimento dos julgadores, o autuado não fez vir aos autos elementos que pudessem contrariar ou mesmo impor dúvida ao lançamento.

Por esses mesmos motivos, não acolho a tese de nulidade e denego o pedido de diligência formulado, conquanto os elementos trazidos aos autos são suficientes para a formação do meu convencimento, lembrando que apesar de ter o recorrente mencionado documentos e demonstrativos que seriam trazidos aos fôlios deste processo, nada foi efetivamente juntado.

Avançando, ainda tratando de nulidades, desta feita suscitada de ofício, entendo que há vício que macula a acusação fiscal contida na infração 1.

Da compulsão dos autos, pude verificar que a acusação fiscal atribui ao Sujeito Passivo o cometimento da infração consubstanciada no fato de que teria recolhido a menor ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do imposto. De plano há que se registrar que o livro Registro de Apuração do ICMS sequer é exigido dos contribuintes optantes do SIMPLES NACIONAL. Ainda a respeito do referido livro, verifico que no Termo de Arrecadação, fls. 12, sequer consta que o dito livro tenha sido solicitado pela fiscalização.

Não bastasse o fato de que o autuante não arrecadou o LRA, o que impossibilitaria a autuação com base no referido livro, verifico que o preposto do fisco, em verdade, procedeu ao refazimento do conta corrente fiscal do Sujeito Passivo, mesmo atribuindo ao desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do imposto o esteio para a lavratura do Auto de Infração que se aprecia.

Diante desse fato, não me parece compatível que o Contribuinte seja acusado de recolhimento a menos do ICMS com base no quanto exposto na infração 1, tendo o autuante feito o conta corrente fiscal, fato que, inexoravelmente, suscitaria acusação diversa da que imputada ao Sujeito Passivo.

Referentemente à infração 2, tendo em vista que não há insurgência específica por parte do recorrente, mantenho a Decisão recorrida que manteve a exigência de multa por ter o Sujeito Passivo dado entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, no valor de R\$ 429,74.

Isto posto, considerando que a acusação fiscal da infração 1 é incompatível com a realidade fática, lembrando que o LRA sequer foi arrecadado pelo autuante, voto no sentido de tornar NULA a infração 1, pois, ofende o direito de defesa do Contribuinte.

Verificada a possibilidade de se fazer novo levantamento fiscal a salvo das falhas apontadas, recomendo, a rigor do art. 21, do RPAF/BA, que seja feita nova ação fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e, de ofício, declarar **NULA** a infração 1 e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **180459.0001/14-0** lavrado contra **A S A OLIVEIRA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES – EIRELI (TRAMPOLIM) – EPP**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$429,74**, prevista no art. 42, IX, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios conforme previsão na Lei nº 9.837/05. Recomenda-se verificar a possibilidade de se fazer novo levantamento fiscal a salvo das falhas apontadas, a rigor do art. 21, do RPAF/BA, que seja feita nova ação fiscal.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de julho de 2015.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR

ELDER DOS SANTOS VERÇOSA - REPR. DA PGE/PROFIS