

A. I. Nº - 206878.0023/09-9
AUTUADO - D&W COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA.
AUTUANTE - ANALCIR EUGÊNIO PARANHOS DA SILVA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 26.02.2015

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0025-05/15

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. REFEIÇÕES. EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. REGIME DE APURAÇÃO DE RECEITA BRUTA. Infração comprovada, haja vista que após a exclusão do Simples Nacional o contribuinte retorna ao regime de apuração do ICMS com base na Receita Bruta. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. “ANTECIPAÇÃO PARCIAL”. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS. a) FALTA DE RECOLHIMENTO. b) RECOLHIMENTO A MENOS. A antecipação parcial é prevista no art. 352-A do RICMS, incidindo, unicamente, nas entradas interestaduais de mercadorias para fins de comercialização (“caput” do artigo). Infrações comprovadas. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Em relação às mercadorias objeto desta autuação, não há convênio que preveja a retenção do imposto pelo remetente. Infração comprovada. 4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS A CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. O pagamento da diferença de alíquotas tem fundamento na Constituição: art. 155, § 2º, VIII. Na Lei nº 7.014/96, a diferença de alíquotas é prevista no art. 4º, XV, e o cálculo é feito na forma estabelecida no art. 17, XI, e § 6º. Mantido o lançamento. 5. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. VENDAS COM PAGAMENTOS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS POR FINANCEIRAS OU ADMINISTRADORAS DOS CARTÕES. LEVANTAMENTO DA DIFERENÇA. OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. A declaração de vendas feitas pelo sujeito passivo, por meio de cartões de crédito e/ou débito, em valores inferiores àquelas informadas pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autoriza a presunção legal de omissão de saídas anteriores de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto. Infração mantida. Negado o último pedido de diligência. Preliminares de nulidade rejeitadas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/06/2009, exige ICMS no valor histórico de R\$54.398,62, em razão das seguintes irregularidades:

1. Deixou de recolher no prazo regulamentar ICMS relativo à comercialização de refeições, apurado com base no Regime de Apuração em Função da Receita Bruta - Valor histórico: R\$45.511,25; percentual de multa aplicada: 50%;
2. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS, antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização - Valor histórico: R\$41,78; percentual de multa aplicada: 60%.
3. Recolheu a menos o ICMS, antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização - Valor histórico: R\$165,43; percentual de multa aplicada: 60%;
4. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 88 e 89 - Valor histórico: R\$35,11; percentual de multa aplicada: 60%.
5. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento - Valor histórico: R\$31,68; percentual de multa aplicada: 60%;
6. Omissão de saída de mercadoria tributável apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito/débito em valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito. Empresa Normal optante do Regime de Apuração em Função da Receita Bruta - Valor histórico: R\$8.613,37; percentual de multa aplicada: 70%.

O autuado, por meio de advogados legalmente constituídos, ingressa com defesa, fl. 250/257, na qual alega os seguintes argumentos defensivos:

Requer que as intimações e notificações relativas ao feito sejam endereçadas ao profissional que subscreve a presente defesa, sob pena de nulidade.

Protesta, preliminarmente, pela nulidade da autuação, com fundamento no art. 18, II, c/c o art. 46, do RPAF, por cerceamento do direito de defesa, pois a intimação da lavratura do Auto de Infração não se fez acompanhar dos demonstrativos analíticos necessários ao esclarecimento dos fatos, sendo as planilhas relativos ao item 6, entregues ao contribuinte dia 31/07/2009, portanto, dois dias após a intimação da autuação, logo tendo sido subtraído o prazo legal para o exercício do contraditório e da ampla defesa.

Suscita, ainda, em preliminar, a nulidade da autuação, em razão da ausência do necessário “termo de início de fiscalização”, com o “aceite do contribuinte”, o que afeta os princípios do art. 196, do CTN.

Assevera que o item 1 é nulo, por falta de segurança na determinação da infração e na apuração dos valores, pois o lançamento cita, simplesmente que o autuado teria deixado de recolher o ICMS, apurado de acordo com o regime de receita bruta, quando na verdade, no período objeto da infração, o autuado era optante do SIMPLES NACIONAL, tendo cumprido todas as obrigações tributárias, inclusive relativas ao ICMS, de forma englobada nesse sistema.

No mérito, na infração 01, a exigência fiscal atinge os meses de julho a dezembro de 2007, e consta no corpo do auto, de forma contraditória que o autuado teria sido excluído do Simples Nacional.

Com efeito, o autuado teria sido excluído do SIMPLES, através dos Editais 01/2007 e 02/2007, publicados no DOE do dia 22/11/2007. Suscita a ineficácia desses editais, como meio legal para o

ato, nos quais não consta a completa qualificação dos contribuintes e as devidas informações acerca das supostas ocorrências que os justificaram. Ocorreu que os contribuintes, centenas deles, foram identificados apenas por meio da inscrição estadual, o que dificultou o acesso às informações que se pretendeu dar publicidade.

Aduz que tal procedimento ofendeu o dispositivo do art. 108, parágrafo único e incisos I e III, c/c o art. 26, inciso III, do RPAF, haja vista que o contribuinte estava em plena atividade, com os dados atualizados perante a SEFAZ.

Salienta que o caput do art. 108 do RPAF não estabelece ordem de preferência para a intimação dos contribuintes, bem como é verdadeiro que a interpretação deve ser feita em conjunto com o seu parágrafo único, que determina que na hipótese do art. 26, II, do RPAF, ***“somente será efetiva por edital após tentativa de intimação através das formas previstas nos incisos I e II, do mesmo artigo 108”***.

Cita o art. 26, III, que se refere ao início do procedimento fiscal, que exige intimação por escrito ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento ou exhibir elementos solicitados pela fiscalização.

Afirma que não existe no PAF a prova de que em 2006 o autuado teve receita bruta superior a R\$2.400.000,00, mas já em 2007, conforme demonstrativo elaborado pelo autuante, as vendas incluindo mercadorias tributadas e substituídas, foram no montante de R\$2.595.752,35, o que é indício de que no ano anterior o faturamento foi menor. Lembra que no ano de 2007, a permanência no SIMPLES NACIONAL, para as empresas que estavam no SIMPLES FEDERAL era automática, o que vigorou até 06/2007.

Entende que se o Simples Nacional foi criado em junho de 2007, a regra do art. 12 da Resolução CGSN, somente deve ser aplicada a partir desse momento, para exclusão, já nos exercícios posteriores, daqueles contribuintes cuja receita ultrapasse o limite, no ano calendário de 2007, visto que a norma não determinava, de forma expressa, a soma das parcelas do “Simples Federal” e do “Super Simples”. O ano calendário para 2007, somente poderia ser considerado de janeiro a junho, pois não existia, em relação ao “Super Simples”, “ano calendário” anterior.

No que se refere ao Edital 01/2007, além dos vícios relativos ao Edital 02/2007, desconhece a existência de qualquer exigência fiscal que não estivesse regular, parcelada ou defendida. Desse modo entende que a exclusão, é arbitrária, ilegal e a autuação deve ser desconstituída.

Assevera que os valores apresentados não seriam integralmente devidos, pois haveria que se abater os valores recolhidos pelo autuado, pelo SUPER SIMPLES, que representam a parte estadual – de ICMS, posto que o autuante ao incidir o imposto não deduziu as importâncias pagas e repassadas ao Estado.

Alerta que deve ser investigado se a infração 6 não entra em colisão com a infração 1, incidindo em duplicidade o imposto sobre o mesmo fato gerador, pois a desclassificação do regime implica em dizer que todas as vendas estão sendo tributadas, inclusive aquelas realizadas através de cartões. Além disso, apesar de apurar as proporções de mercadorias substituídas, no percentual médio de 8,45%, não houve a devida dedução, como também não foi observado que, em outubro, o autuado não utilizou o ECF, pois o seu equipamento, foi apreendido pela SEFAZ. Ademais, no mês indicado, utilizou notas fiscais modelo D-1, mas tributou todo o seu faturamento. Não sabe qual critério foi utilizado no Auto de Infração, para se dizer que apenas R\$64.846,55, foram tributados.

Outrossim, as vendas totais da empresa sempre foram maiores do que as informações das administradoras, conforme demonstrativo, elaborado com base no LRAICMS. Isso significa que as eventuais diferenças entre as reduções “Z” e as informações das administradoras não representam sonegação e, sim possíveis falhas nas informações, bem como a inclusão de outras parcelas, de serviços, a exemplo de “serviços de manobrista”, que é prestado por terceiro e incluído nas contas de consumo de comidas e bebidas.

Aponta que os serviços prestados por manobristas é cerca de R\$3.000,00, que são identificados, separadamente, na conta dos clientes, contudo pagos de forma unificada na fatura do cartão de crédito. O mesmo acontece em relação à “comissão” que é opcional de 10% aos garçons, assim, essas operação não representam faturamento, e devem ser excluídas do lançamento do Auto de Infração.

Outro aspecto não observado na apuração é a respeito dos fechamentos diários do ECF, que acontecem após as 24h, pois muitas contas fechadas a partir das 23:30h, são pagas após às 24h, e portanto, são tratadas pelas administradoras como sendo do dia seguinte. Assim, nas “viradas” dos meses, muitas vendas que são consideradas pelo Fisco em determinados meses, somente são informadas no mês seguinte, causando distorções que, somadas às ocorrências anteriores, justificam as diferenças apontadas no Auto de Infração, as quais são corrigidas, pelo autuado, no lançamento fiscal dos totais de suas vendas, quando tudo, é incluído e tributado. A fiscalização não pode ficar isenta a estas questões, pois o lançamento de importâncias muito superiores aos apurados como faturado via cartões é prova de que não existiu evasão de receitas. Aduz que se a intenção do contribuinte fosse sonegar, o faria nas vendas em espécie.

Protesta pela produção de prova e requer revisão da autuação por fiscal estranho para apurar os seguintes procedimentos:

- Os valores pagos pelo SUPER SIMPLES;
- Das vendas via notas fiscais D-1;
- Dos percentuais de mercadorias substituídas;
- Dos valores de serviços de manobristas;
- Das comissões e lançamento de vendas em meses posteriores.

A final pede a nulidade e a improcedência dos itens contestados.

O autuante ao tomar conhecimento das alegações da defesa (250/257), quanto ao prazo de apresentação da defesa, referente às planilhas do item 6, que foram entregues ao contribuinte no dia 31/07/2009, dois dias após a data da ciência da autuação (29/07/2009), solicita a reabertura do prazo de 30 (trinta) dias.

Em posterior manifestação o patrono do contribuinte repetiu as mesmas alegações apresentadas anteriormente, (fls. 350 a 356), e, ratificou que as intimações e notificações devem ser encaminhadas ao preposto, legalmente habilitado nos autos, com endereço na “Rua Cel. Almerindo Rehem, 126, Edf. Empresarial Costa Andrade, Salas 412 a 414, Caminho das Árvores, Salvador, Bahia, Cep 41820-768”.

Na nova manifestação nada que ainda não tivesse sido levantada na defesa inicial foi acrescido, mas aduz que a “intimação” é irregular, pois segundo o preposto “o RPAF determina que sejam atendidas as formalidades previstas, notadamente, no artigo 126, com observância do seu § 6º, 127 e 129, ou seja, deve ser prestada a informação fiscal, no prazo regulamentar (art. 127 – 30 DIAS), com clareza e precisão, abrangendo todos os aspectos da defesa com fundamentação (art. 127, § 6º)”, e cita na íntegra todos esses dispositivos.

Assevera que a informação fiscal não fora prestada no prazo regulamentar de forma correta, cita o art. 129 do mesmo RPAF, assim pede, de imediato, que o PAF seja encaminhado ao CONSEF, sem a informação, devido ao decurso de prazo, aplicando penalidade quanto a matéria fática que envolve a lide e caso seja prestada a informação fiscal, com o prazo já vencido, pede o seu desentranhamento do feito, sob pena de nulidade da ação.

Ratifica que a autoridade preparadora deve seguir tão-somente as rotinas preconizadas pelos art. 126 a 129 e 131, do RPAF, lhe sendo vedado, por ausência de autorização legal, a adoção de outras medidas, a exemplo da reabertura de prazos, novas intimações, etc, exceto quando exista expressa determinação do órgão Julgador.

O autuante presta a informação fiscal, fls. 360/365, informa que todos os demonstrativos contém assinatura do contribuinte e que o Termo de Início de Fiscalização foi entregue, lavrado e colado no livro de Ocorrências, juntamente com o Termo de Encerramento de Fiscalização (fls. 10/12), estando de acordo com o art. 196 do CTN (Lei nº 5172/66).

Quanto à infração 01, constata que o contribuinte deixou de recolher ICMS no valor de R\$ 5.511,25 (Regime de Receita Bruta), o que está de acordo com os lançamentos dos documentos fiscais no livro Registro de Saídas de Mercadorias (julho a dezembro/07), fls. 200 a 232 do PAF.

Após essa verificação os valores mensais foram apurados com base nos registros efetuados na escrita fiscal e realmente a empresa era optante do SIMPLES NACIONAL, mas foi excluída desse regime com efeitos retroativos a 01/07/2007 (art. 6º, VII da Resolução CGSN nº 15/2007), referente aos Editais nºs 01/2007 e 02/2007 (fls. 16 a 20).

Salienta que o autuado não apresentou os DAEs comprovando o recolhimento do ICMS (código 830), referente aos meses de julho a dezembro de 2007, conforme valores apurados no demonstrativo 1 (fl. 13), e limitou-se a apresentar 2 (dois) Documentos de Arrecadação do SIMPLES NACIONAL, dos meses 07/2007 e 09/2007, cujos valores não podem ser deduzidos nas parcelas lançadas no demonstrativo de débito da infração 1, pois os critérios de tributação, arrecadação e fiscalização do SIMPLES NACIONAL são disciplinados pela legislação federal específica, cuja responsabilidade é do Comitê Gestor do Simples Nacional, órgão vinculado ao Ministério da Fazenda. Assim, caso o impugnante sinta-se prejudicado, deverá requerer a restituição de débito através de processo administrativo à parte.

Assevera que não procede a suposta confusão, referente aos fatos geradores das infrações 1 e 6, pois na primeira infração a cobrança do ICMS foi exigida com base nos lançamentos do imposto, não recolhido na escrita fiscal do contribuinte. Já a infração 6, foi decorrente da omissão do registro de saídas tributáveis nos documentos fiscais e por conseguinte na escrita fiscal.

Informa que as proporções das mercadorias tributadas e substituídas foram respeitadas, conforme demonstrativo de fl. 130, com cópia recebida pelo autuado. Quanto ao período de 02/10/2007 a 26/10/2007 não foi utilizado o ECF, tendo, mas foram emitidas notas fiscais D-1, nas operações de saídas. Em decorrência desse fato, elaborou um demonstrativo (fls. 122/129), contendo planilhas comparativas entre as vendas através do cartão e os lançamentos de valor idêntico no livro Registro de Saídas de Mercadorias.

Sustenta que as vendas totais ou os valores contábeis declarados e registrados na escrita contábil podem ser maiores do que as informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito, pois a mesma só envolve operações de transferência eletrônica de fundos (TEF).

Quanto ao argumento da inclusão das operações referentes aos serviços prestados de manobrista e da taxa de 10%, destinadas aos garçons, esses não foram comprovados. Assim prevalece o art. 2º, § 3º, VI do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97.

Frisa que o autuado não demonstrou, por meio de documentos fiscais, as supostas distorções decorrentes do fechamento do ECF, após as 24hs, e que justificaria as diferenças apontadas no Auto de Infração, assim a alegação da defesa é inconsistente.

Ressalta que na reabertura de prazo, concedido pelo autuante, a impugnante não juntou novos demonstrativos, mas limitou a sua tese na nulidade do Auto de Infração, sob os argumentos de que a intimação, que autorizou a reabertura do prazo da defesa estaria irregular. Contudo, apesar da defendente citar vários dispositivos, aprovados pelo Decreto nº 7.629/99 do RPAF, em nenhum deles existe proibição da dilatação do prazo, nem que a intimação impugnada é irregular, assim, o autuado restabeleceu o exercício do contraditório e da ampla defesa, ditos prejudicados em sua peça defensiva com a subtração de dois dias para a apresentação da defesa.

Requer a Procedência do Auto de Infração.

A 5ª JJF em sessão de julgamento realizada em 11 de maio de 2010, decidiu pela procedência do Auto de Infração, conforme Acórdão JJF nº 110-05/10, fls. 368 a 376.

O sujeito passivo reconheceu parcialmente o débito, com o Benefício da Lei nº 11.908/2010, fl.386, referente à infração 06.

O sujeito passivo ingressa com Recurso Voluntário quanto á decisão prolatada pela 5ª JJF, fls. 391 a 397. Ratifica o pedido de que as intimações sejam encaminhadas aos advogados regularmente constituídos. Protesta pela nulidade da decisão recorrida, por supressão de instância, haja vista que ao decidir o mérito da infração 01, a douta JJF fundamentou sua posição em dois pequenos parágrafos, mas não enfrentou de forma direta e regular os fundamentos apresentados nos itens 04 5 05 a 14 da defesa, especialmente os itens 04 (preliminar específica de nulidade do item 01), e item 12, que versou sobre a vigência do Simples nacional e da Resolução CGSN, art. 12.

Ratifica o argumento anteriormente apresentado de que o item 01 do AI é nulo, por insegurança na determinação da infração e apuração dos valores, eis que em verdade no período referido na ação fiscal, o autuado era optante do Simples Nacional, tendo cumprido as suas obrigações tributárias, inclusive relativas ao ICMS, de forma englobada nesse sistema.

Afirma que consta no AI, de forma contraditória que o autuado teria sido excluído do Simples Nacional, o que não pode surtir os efeitos desejados pelo autuante, em razão de vícios insanáveis. Reafirma a ineficácia dos Editais 01/2007 e 02/2007, publicados no DOE do dia 22/11/2007, que inclusive não fazem constar a completa qualificação dos contribuintes e as devidas informações acerca das supostas ocorrências que os justificaram. Há apenas a informação do número das inscrições estaduais, o que dificulta o acesso às informações que se pretendeu dar publicidade. Logo o meio utilizado para a publicidade do ato ofendeu o princípio da ampla defesa.

Deve ser aplicado o art. 26, III do RPAF, em que somente será efetivada por edital após tentativa de intimação através das formas previstas nos incisos I e II do art. 108. Assim, nulas as intimações feitas irregularmente por editais, o que macula não só a exclusão do SIMPLES, como também a autuação ora defendida.

De mais a mais, os editais publicados em novembro de 2007 não poderiam ter efeitos retroativos. Ademais não existe no PAF a prova de que em 2006 o autuado teve receita bruta superior a R\$2.400.000,00, posto que abatendo-se o percentual médio de mercadorias substituídas de 9%, o valor seria de R\$2.353.658,00. Já em 2007, as vendas totais foi de R\$2.595.752,35, incluindo mercadorias tributadas e substituídas, conforme demonstrativo elaborado pelo autuante.

Lembra que excepcionalmente, no ano de 2007, a permanência no Simples Nacional, para as empresas que já estavam no Simples Federal era automática. O ano calendário para 2007, somente poderia ser considerado de janeiro a junho, pois não existia, em relação ao “Super Simples”, “ano – calendário” anterior. No que se refere ao Edital 01/2007, além dos mesmos vícios relativos ao Edital 02/2007, não aponta qual seria o “débito sem a exigibilidade suspensa”, logo a exclusão é arbitrária e ilegal, e a JJF não se manifestou de forma expressa sobre essa alegação.

Outrossim, as parcelas pagas e repassadas ao Estado, no Simples Nacional, não foram abatidas nos cálculos da infração. A JJF entendeu que o contribuinte devia requerer a restituição junto ao Ministério da Fazenda, conclusão que entende absurda, posto que os pagamentos foram realizados ao Estado. Conforme extratos do Simples Nacional, o autuado pagou, de ICMS, ao Estado, R\$8.849,09 (do DAS total de R\$26.934,31), referente a agosto de 2007. Em relação ao mês de julho de 2007 foi pago o valor de R\$7.778,83 (do DAS total de R\$24.082,04). Tais importâncias devem ser abatidas da autuação, sob pena de bis in idem. Pede revisão por fiscal estranho ao feito.

A PGE/PROFIS emite o Parecer fls. 409 a 411, pelo provimento do Recurso, em decorrência da nulidade de decisão da JJF, por prejuízo efetivo para o contribuinte, necessidade de apreciação dos argumentos omitidos na decisão de 1º grau.

A 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, apreciando o Recurso Voluntário, por meio do Acórdão nº 0095-11/12 decidiu pela nulidade da decisão de primeira instância em decorrência da falta de apreciação de argumentos defensivos, por cerceamento de defesa, devendo os autos serem remetidos à 1ª instância para novo julgamento. (fls. 416 a 421).

A 4ª JJF diligenciou à inspetoria de origem, fl. 436, para que a autoridade fazendária ateste e apresente a comprovação de que o contribuinte teria sido notificado no seu endereço comercial, com respeito à sua exclusão do Simples Nacional. Também para que seja fornecido em meio magnético as planilhas e o Relatório TEF Diário de Operações, conforme cópia, fls. 16 a 130 do PAF. Salientou a necessidade da reabertura do prazo de defesa.

O autuante com relação ao solicitado informa que entende ser desnecessária o fornecimento em meio magnético das planilhas e do relatório TEF, de fls. 16 a 130 do PAF pelo motivos que expõe. Quanto aos documentos juntados, fls. 16 a 20 do PAF, são reproduções de Editais de Notificação de Exclusão do Simples Nacional nº -1/2007 e 02/2007, cujas cópias foram entregues e recebidos pelo sócio da empresa.

Na fl. 443, consta documento emitido pelo Coordenador da CPROC/ DAT METRO, de 03/08/2012, no qual informa que a empresa empresa foi devidamente cientificada da Exclusão do Simples Nacional, através do Edital 01/2007, não havendo notificação em seu endereço comercial em virtude de não haver previsão na legislação para tal procedimento. Lembra que conforme o § 3º do art. 4º da Resolução CGSN nº 15 c/c com o Art. 353-F do RICMS/Ba , aprovado pelo Decreto 6.284/97, a mesma determina que a cientificação da notificação da exclusão do Simples Nacional seja feita por meio de Edital, inclusive, na época, citando apenas a sua inscrição estadual.

O PAF foi remetido à inspetoria de origem para que o contribuinte fosse cientificado da diligência e da informação fiscal. (fl. 446).

Nova manifestação é apresentada, na qual o sujeito passivo ressalta que houve a confirmação da ausência de regular notificação sobre a exclusão do Simples Nacional, o que foi objeto de diligência, sendo nulo o item 01 do AI, por insegurança na infração e na apuração dos valores, pois no período autuado a sociedade empresária era optante do Simples Nacional, e cumpriu com suas obrigações tributárias, inclusive com relação ao ICMS.

Combate o mérito da exigência fiscal que atinge os meses de julho a dezembro de 2007, constando no corpo do AI, de forma contraditória ao fulcro da exigência (falta de pagamento do imposto apurado), que o autuado teria sido excluído do Simples Nacional, contudo isso teria ocorrido por meio de Editais ineficazes, mormente por atingir contribuinte em plena atividade, com dados atualizados perante a SEFAZ. Entende que não foi observado o devido processo legal, impossibilitando a defesa do contribuinte. Traz à lume todos os argumentos anteriormente apresentados e pede com base em seus argumentos a revisão por fiscal estranho ao feito para apuração dos valores pagos pelo SUPER SIMPLES, bem como seja decretada a nulidade ou improcedência do item 01, ou no máximo a procedência parcial com o abatimento dos pagamentos já realizados ao Estado.

O autuante no exercício do contraditório vem aos autos e salienta que a manifestação do autuado é uma repetição de toda a sua defesa, inclusive do Recurso Voluntário, pelo que ratifica todos os termos constantes da informação fiscal, fls. 360 a 365 do PAF, os quais se encontram corroborados no parecer exarado pela autoridade fazendária, fl. 443 do PAF.

VOTO

Nego o último pedido de diligência ou de perícia, com relação à infração 01, haja vista que os elementos constantes dos autos são suficientes para a formação de meu juízo de valor acerca da

matéria trazida na lide. Também os documentos fiscais e contábeis estão na posse do requerente que poderia ter trazido aos autos sua cópia, por ocasião da apresentação de sua defesa. (art. 147, I, “a”, “b” do RPAF/99)

Inicialmente destaco que o autuante ao tomar conhecimento das razões da defesa, no que concerne ao fato, de que as planilhas referentes à infração 06 só foram entregues, ao contribuinte, dois dias após a data da ciência da autuação, solicitou a reabertura do prazo de defesa, de 30 dias, no que foi atendido pela Inspetoria Fazendária, que notificou a empresa. Este procedimento do autuante, antecipando-se a uma decisão deste Consef, entrou em consonância com o princípio da celeridade processual, e nenhum prejuízo causou ao contribuinte, razão não há portanto para a declaração de nulidade do ato administrativo, que atingiu a sua finalidade: cientificar e dar nova oportunidade de defesa para o contribuinte. Em consequência o sujeito passivo ingressou com nova manifestação, ratificando as razões anteriormente apresentadas, e requereu que as intimações e notificações fossem encaminhadas ao endereço dos patronos, na “Rua Cel. Almerindo Rehem, 126, Edf. Empresarial Costa Andrade, Salas 412 a 414, Caminho das Árvores, Salvador, Bahia, Cep 41820-768”.

Quanto à alegação relativa ao Termo de Início de Fiscalização, este foi entregue, lavrado e colado no Livro de Ocorrências, juntamente com o Termo de Encerramento de Fiscalização, fls. 10 a 12 do PAF, procedimento de acordo com o estatuido no CTN (Lei nº 5.172/66), art. 196, e parágrafo único, que estatui: “A autoridade administrativa que proceder ou presidir a quaisquer diligências de fiscalização lavrará os termos necessários para que se documente o início do procedimento, na forma da legislação aplicável, que fixará prazo máximo para a conclusão daquelas” e “Os termos a que se refere este artigo serão lavrados, sempre que possível, em um dos livros fiscais exibidos; quando lavrados em separado deles se tregará, à pessoa sujeita à fiscalização, cópia autenticada pela autoridade a que se refere este artigo. Todos os demonstrativos que integram este Auto de Infração foram recebidos pelo contribuinte em 29/07/2009, conforme assinatura neles aposta. (fls. 13, 16 a 21, 23/24, 47, 49, 51, 52, 122, a 130, além do Relatório Diário de Operações TEF).

Rejeitadas estas preliminares de nulidade, passo ao exame do mérito das infrações 1 e 6, pois as demais arguições de vícios no processo administrativo fiscal serão analisadas junto com o mérito, sendo que as demais infrações, nºs 02, 03, 04 e 05, não foram objeto de contestação e ficam mantidas.

Não acolho a preliminar de nulidade dos Editais de Exclusão do Regime do Simples Nacional Nºs 01/2007 e 02/2007, pelas razões a seguir:

A exclusão do contribuinte do Simples Nacional encontra motivação, no presente caso, nos arts. 3º, II, “d” comb com o art. 5º, I, da Resolução CGSN nº 15, de 23/07/2007, e no art. 3º, II, “a”, c/c art. 5º, I, XI da Resolução nº 15/2007 do CGSN (Comitê Gestor do Simples Nacional).

De fato a recorrente era optante do Simples Nacional, e o Estado da Bahia, por meio do Edital de Notificação de Exclusão do Simples Nacional nº 01/2007 e o Edital de nº 02/2007, notificaram o contribuinte de sua exclusão naquele regime.

O primeiro, Edital nº 01/2007, cópia anexa fls. 16 a 21, DOE de 14/11/2007, exclui a empresa daquele regime, pelo motivo de existencia de débito sem exigibilidade suspensa, quando foi inclusive concedido o prazo de 30 dias, a contar da data de publicação para regularização dos débitos ou apresentação de impugnação à exclusão; e decorrido o prazo citado sem que fosse apresentada impugnação ou regularizado os débitos, os respectivos termos de exclusão foram registrados no Portal do Simples Nacional da Receita Federal do Brasil e surtiram efeitos a partir de 01 de janeiro de 2008.

Constato que se a exclusão do contribuinte no Regime do Simples Nacional, com a conseqüente exigência fiscal apontada na infração 01, relativa ao período de 31/07/2007 a 31/12/2007, tivesse por

fundamento apenas este Edital, a infração não poderia prevalecer haja vista que os efeitos do Edital somente operariam a partir de janeiro de 2008.

Contudo, novo Edital, o de nº 002/2007, publicado no Diário Oficial do Estado em 22/11/2007, notifica o contribuinte da sua exclusão do Regime do Simples Nacional, em decorrência da constatação de que quando no ingresso naquele regime, que a ME ou EPP incorrera em algumas das hipóteses de vedação previstas no art. 12 da Resolução CGSN nº 04, de 2007. No caso presente o que motivou a vedação do ingresso no Regime do Simples Nacional foi o fato de que em 2006 a empresa auferiu receita bruta superior ao limite previsto no art. 12, inciso I, da Resolução CGSN nº 04 de 30/05/2007, qual seja R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais).

Em verdade, este segundo Edital nº 02/2007, publicado no DOE de 22/11/2007, cópia na fl. 20, notifica o contribuinte de sua exclusão, em virtude de ter auferido no ano calendário de 2006, receita bruta superior ao limite previsto no artigo 12, inciso I da Resolução CGSN Nº 04, de 30/05/2007, e surtiu efeitos retroativos a 01 de julho de 2007, na forma prevista no art 6º, inciso VII da Resolução CGSN 15/2007. Este próprio Edital também cientifica o contribuinte de que fica concedido o prazo de 30 dias a contar da data de publicação, para apresentação de impugnação à exclusão, mas o sujeito passivo manteve-se silente, sem exercer qualquer contestação ao quanto ali apontado.

Outrossim, o sujeito passivo também requer a nulidade do ato de intimação por Edital, por ofensa do art. 26, III combinado com o art. 108, parágrafo único e incisos I a II, do RPAF/99, o que não acato, pois o art. 26 relaciona-se com o início do procedimento fiscal, que pode ocorrer com a intimação, por escrito ao contribuinte, e neste caso deve ser observado que, somente será efetivada por edital após tentativa de intimação, através das formas previstas nos incisos I e II deste artigo.

Cabe nesse caso a aplicação dos arts. 28 e 29 , inciso IV da Lei Complementar nº 123/2006 e o art. 387 do RICMS/BA:

“Art. 28. A exclusão do Simples Nacional será feita de ofício ou mediante comunicação das empresas optantes.

Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

IV - a sua constituição ocorrer por interpostas pessoas;”

“Art. 387. 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.”

Quanto aos Editais para Exclusão do Simples Nacional, estes seguem o determinado no art. 393-E a 393 H do RICMS/BA, que trata especificamente da exclusão do Simples Nacional. Portanto legítima a intimação via Edital no presente caso, e para referendar o entendimento reproduzo os dispositivos citados, como segue:

“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.”

Outrossim, além da motivação da exclusão ter sido publicada no Diário Oficial do Estado, 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, consoante o que determina o parágrafo único do art. 393-F do regulamento do ICMS vigente.

Por outro lado, os Editais previam o direito de impugnação por parte do sujeito passivo, no prazo de 30 dias, adequando-se ao previsto no art. Art. 393-G do RICMS/97, “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.”

Em conclusão, o Edital 002/2007, cuja cópia encontra-se na fl. 20, é válido e fundamenta a autuação, com efeitos retroativos desde a inclusão do contribuinte no Regime do Simples Nacional.

Por último destaco que consoante a legislação acima detalhada, quais sejam a Resolução CGSN nº 15 de 23 de julho de 2007, e o Decreto 6.284/97 (Antigo RICMS), especificamente o art. 393-F, no período autuado bem como na atualidade, não há previsão de cientificação de notificação de exclusão do Simples Nacional no “endereço comercial” do contribuinte.

Assim, após a exclusão do Simples Nacional, a empresa está sujeita 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, modalidade de apuração do imposto da sociedade empresária autuada.

Nesta infração 01, os valores dos débitos estão apontados no demonstrativo de fl.12, com a indicação dos valores da receita bruta, conforme os lançamentos no livro Registro de Saídas de Mercadorias, sobre os quais aplicou a alíquota de 4%, haja vista que o estabelecimento atua no ramo de refeições, e que perfaz o ICMS a recolher no montante de R\$45.511,25.

Embora tenha afirmado que cumpriu com suas obrigações fiscais, o defendente limitou-se a apresentar dois documentos de arrecadação do SIMPLES NACIONAL, dos meses de julho e setembro de 2007, documentos de fls. 267 e 268, cujos valores recolhidos não poderão ser deduzidos das parcelas ora exigidas, devendo o contribuinte requerer o ressarcimento dos valores junto à inspetoria fazendária de sua circunscrição por meio do procedimento próprio regulado pelo art. 73 a 83 do RPAF/99.

Fica mantida a infração na íntegra.

Na infração 06, está sendo exigido ICMS decorrente de omissão do registro de saídas tributáveis apurada por meio de divergências entre as vendas realizadas por meio de cartões de crédito/débito, registradas nas Reduções Z, e os valores das operações fornecidas pelas administradoras de cartões, por meio do Relatório de Informações TEF, no exercício de 2007.

De acordo com o disposto no § 4º da Lei nº 7.014/96, “o fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao

contribuinte a prova da improcedência da presunção.”

A planilha comparativa de vendas está anexa na fl. 51, e foi aplicada a proporcionalidade das mercadorias tributadas, e encontrado o ICMS devido. Os dados das reduções Z, estão no demonstrativo de fl. 52, o Relatório TEF anual, fl. 53, e o Relatório Diário de Operações TEF, nas fls. 54 a 121. Também foi elaborado o demonstrativo de saídas de mercadorias, conforme Livro de Apuração de ICMS, com resumo das vendas tributadas e isentas/não tributadas/outras, constante na fl. 130 do PAF.

Verifico que na planilha de fls. 122 a 129, na qual estão comparadas as vendas por meio de cartões e os lançamentos, de valor idêntico, no livro Registro de Saídas, o autuante aplicou a IN 56/07, no que pertine à proporcionalidade entre as mercadorias tributadas, e com imposto por substituição tributária, isentas, conforme demonstrativo de fl. 130. Também foram consideradas as saídas por meio de notas fiscais D1, no período de 02/10/2007 a 26/10/2007, quando não foi utilizado o equipamento de emissor de cupom fiscal (ECF).

O sujeito passivo reconheceu o cometimento da infração com o Benefício da Lei nº 11.908/2010, fl.386, referente à esta infração.

Infração procedente.

Destaco que em conformidade com o pedido constante na inicial, as intimações e notificações relativas ao feito devem ser endereçadas ao profissional que subscreve a peça de defesa, na Rua Coronel Almerindo Rehem, 126, Ed. Empresarial Costa Andrade, salas 411/414. Caminho das Árvores, Salvador- Bahia, CEP 41820-768, como consta na Procuração de fl. 258 do PAF. Contudo ressalto que o não atendimento a esta solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que as situações previstas para intimação ou ciência da tramitação dos processos ao contribuinte estão disciplinadas no art. 108 do RPAF/99.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206878.0023/09-9**, lavrado contra **D&W COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$54.398,62**, acrescido das multas de 50% sobre R\$45.511,25, 60% sobre R\$274,00 e 70% sobre R\$8.613,37, previstas no art. 42, incisos I, “a”, II, alíneas “d” e “f” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de fevereiro de 2015

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - JULGADOR