

A. I. N° - 232368.0003/15-0
AUTUADO - SM CUNHA & CIA. LTDA.
AUTUANTE - PEDRO PAULO CARNEIRO RIOS
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 27.12.2016

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0229-05/16

EMENTA: ICMS. 1. SIMPLES NACIONAL. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS EM OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO. **a) ANTECIPAÇÃO TOTAL.**

a.1) FALTA DE RECOLHIMENTO. O impugnante reconhece parte do lançamento e aduz que as demais notas fiscais são desconhecidas. Tratando-se de notas fiscais eletrônicas, que desde a sua emissão encontram-se disponíveis no ambiente da nota fiscal eletrônica, estas podem ser rejeitadas pelo contribuinte se não as reconhece; no entanto, após o lançamento de ofício, a simples negativa do recebimento de notas fiscais eletrônicas, sem efetiva comprovação, é insuficiente para elidir a infração. Infração 1 procedente. **a.2) RECOLHIMENTO A MENOS.** Infração reconhecida pelo impugnante. Infração 2 procedente. **b) ANTECIPAÇÃO PARCIAL.** **b.1) FALTA DE RECOLHIMENTO.** O autuante acatou parcialmente as alegações do contribuinte em relação à devolução das mercadorias constantes de diversas notas fiscais. Assim, de fato, não houve efetiva comprovação de parte das alegações do impugnante e acato o demonstrativo elaborado na informação fiscal reduzindo esta infração. Infração 3 procedente em parte.

b.2) RECOLHIMENTO A MENOS. O autuante efetuou um desenquadramento informal da empresa, do regime do SIMPLES NACIONAL, para o regime NORMAL, para efeitos de cobrança da antecipação parcial sem os benefícios inerentes à condição do regime simplificado, e tal medida só pode ser feita mediante processo próprio. Afronta ao princípio da estrita legalidade tributária. Falta de cumprimento do devido processo legal. Infração 4 nula. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração, em que foi lançado ICMS no valor total de R\$235.563,74, acrescido de multa em decorrência das seguintes infrações:

1 – Deixou de lançar o ICMS por antecipação ou substituição tributária na condição de empresa optante do SIMPLES NACIONAL, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, sendo lançado o valor de R\$6.946,12, acrescido de multa de 60%.

2 – Recolheu a menos o ICMS por antecipação ou substituição tributária na condição de empresa optante do SIMPLES NACIONAL, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, sendo lançado o valor de R\$7.812,98, acrescido de multa de 60%.

3 - Deixou de recolher o ICMS por antecipação parcial na condição de empresa optante do SIMPLES NACIONAL, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, sendo lançado o valor de R\$13.358,68, acrescido de multa de 60%.

4 - Recolheu a menos o ICMS por antecipação parcial na condição de empresa optante do SIMPLES NACIONAL, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, sendo lançado o valor de R\$207.445,96, acrescido de multa de 60%.

O contribuinte ingressou com defesa tempestiva, às fls. 1.290/315, e inicialmente, requer que todas as publicações/notificações sejam expedidas em nome de Patrícia Falcão da Costa Vargens (OAB/BA 10.931), com endereço profissional à Rua Espírito Santo, nº. 106, Edf. Maia Empresarial, 2º andar, Pituba, sob pena de nulidade dos atos praticados em desacordo com este requerimento.

Que em demonstração de boa-fé, esta Impugnante anui no que tange à Infração 01 – 07.21.01 que o ICMS fora recolhido como antecipação parcial, quando deveria ter sido por substituição tributária, o que culminou com a cobrança da diferença autuada, nesta oportunidade reconhecida no valor de R\$982,81 (novecentos e oitenta e dois reais e oitenta e um centavos), conforme tabela abaixo:

Infração 01 – 07.21.01			
Nota Fiscal	Imposto	Recolhido	Devido
955.864	R\$150,13	-	R\$150,13
1.964	R\$511,46	-	R\$511,46
503	R\$60,50	-	R\$60,50
143.800	R\$46,47	-	R\$46,47
1.623	R\$54,29	-	R\$54,29
345.950	R\$159,96	-	R\$159,96
TOTAL			R\$982,81

No que se refere à Infração 02 – 07.21.02 tem-se que, além de o ICMS ter sido recolhido como antecipação parcial, quando deveria ter sido por substituição tributária quanto aos materiais de construção, utilizou-se para fins de cálculo do ICMS devido, a MVA original, quando deveria ser a MVA ajustada, bem como se utilizou, por equívoco, a MVA, quando deveria ter sido a pauta, implicando nas diferenças ora autuadas e reconhecidas em sua totalidade no valor de R\$7.812,97 (sete mil oitocentos e doze reais e noventa e sete centavos).

Em relação à Infração 03 – 07.21.03, esta Impugnante reconhece as seguintes cobranças autuadas, totalizando R\$385,00 (trezentos e oitenta e cinco reais) conforme abaixo:

Infração 03 – 07.21.03			
Nota Fiscal	Imposto	Recolhido	Devido
1.260	R\$203,00	-	R\$203,00
1.710	R\$140,00	-	R\$140,00
1.836	R\$42,00	-	R\$42,00
164.626	R\$477,73	-	R\$477,73
164.626	R\$26,45	-	R\$26,45
444	R\$95,00	-	R\$95,00
TOTAL			R\$984,18

Destarte, em face do reconhecimento da parcialidade da autuação, se predispõe a proceder de imediato ao pagamento do débito, com os benefícios que a legislação lhe confere. No que se refere à parte das Infrações 01 e 03 da autuação, supõe-se que esta Impugnante deixou de efetuar o recolhimento do ICMS, por antecipação ou substituição tributária referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Ocorre que, conforme farta documentação ora juntada e disponibilizada, a exemplo dos livros caixa do período bem como dos livros de registro de apuração do ICMS, as notas fiscais apresentadas pela fiscalização eram ignoradas por esta Impugnante até a presente data, haja vista que jamais realizara as aludidas aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, consoante destacado na peça de defesa.

Observe-se que se tais aquisições tivessem sido verdadeiramente realizadas, os pagamentos respectivos das aludidas notas fiscais estariam necessariamente escriturados no livro caixa e no livro de apuração do ICMS, da empresa autuada, disponibilizados à fiscalização, o que não ocorre. Demais disso, parte das notas fora objeto de devolução pelo fornecedor, não dando margem, por seu turno, à cobrança do ICMS, conforme tabela abaixo e notas fiscais de devolução anexadas na impugnação.

Tem-se ainda e-mails enviados pelas empresas emitentes das referidas notas fiscais eletrônicas, confirmando que tais mercadorias não foram adquiridas por esta Impugnante. Por derradeiro, têm-se ainda as notas fiscais eletrônicas cujo ICMS fora devidamente quitado à época, consoante tabela e documentos anexos. Destarte, demonstrados os equívocos perpetrados pela fiscalização, requer a improcedência da autuação nos pontos ora ventilados, como de direito.

Consoante acima aludido, bastou a simples presunção da existência de omissão de receita, para a fiscalização desconsiderar, à revelia da farta documentação apresentada, especialmente da escrita fiscal do período, o cálculo do ICMS realizado de acordo com os parâmetros previstos no §6º do Art. 352-A, do RICMS/97 e do art. 275 do RICMS/2012, enquadrando-o de tal sorte, na forma de cálculo prevista no §5º do Art. 352-A, do RICMS/97 e do art. 274 do RICMS/2012, sem o cômputo de desconto de 20%, resultando na diferença de recolhimento autuada.

Note-se que tal deslocamento ocorreu, porque o agente fiscalizador supôs e bastou-lhe, ressaltar-se, que esta Impugnante omitia receita em razão de por vezes experimentar valores de entrada de mercadorias maiores que as receitas geradas, socorrendo-se necessariamente de saldo inicial da conta caixa em 2010. Em consequência, supôs-se a omissão de receita em razão da empresa, neste período, experimentar prejuízos que eram supridos pela utilização dos recursos próprios provenientes do saldo escriturado em conta caixa e que lhe garantiram a sua manutenção e sobrevivência, resultando na autuação.

Neste ponto, a forma como o presente auto foi lavrado, especialmente no que tange a este item 4, reclama uma reflexão acerca dos limites legais da administração pública em gerar uma presunção em sua missão de averiguar e constituir o crédito tributário, face ao princípio da verdade material, haja vista que o crédito tributário jamais poderá pautar-se em mera ficção. Daí o porquê do Decreto nº 7.629/99, que regula o processo administrativo fiscal no âmbito da administração pública estadual, exigir a observância aos princípios da legalidade objetiva e da verdade material (art. 2º).

Entende-se como congruente a autuação que apresente coerência com as provas colacionadas no curso da ação fiscal. Caso contrário, distantes da presunção de legitimidade, estaríamos face a uma arbitrariedade na ação fiscal, como ora se observa no caso em testilha. Por necessário, impõe-se esclarecer duas flagrantes incongruências da autuação, que por si só bastam para sopesar a sua improcedência, persistindo, portanto, a correção na utilização do benefício previsto no §6º do Art. 352-A, do RICMS/97 e do art. 275 do RICMS/2012 para fins de cálculo do ICMS devido.

Observe-se, portanto, que não cabe à fiscalização, simplesmente, desconsiderar a escrita contábil lastreada em documentos robustos, que remete à utilização de recursos provenientes do saldo inicial da conta caixa em 2010, devidamente escriturado, e, portanto, de origem comprovada, em proveito de declaração acessória (DASN - 2010), cujos meros equívocos de transcrição das informações escrituradas no livro caixa, não são suficientes como elementos de convicção e certeza indispensáveis à validação do crédito tributário, devendo prevalecer, obrigatoriamente, as informações contidas na escrita contábil do período e demais documentos, em respeito à verdade material.

Destarte, inexiste a pretensa omissão de receita a ensejar a autuação, haja vista que os recursos utilizados foram escriturados, advindo do saldo inicial da conta caixa 2010 e, portanto de origem comprovada.

Passemos então à análise da segunda incongruência identificada, que se refere ao próprio benefício em si para cálculo do ICMS devido, que consiste na aplicação do limite de 4% das receitas mais as transferências ou 4% do valor das entradas internas e interestaduais de mercadorias destinadas à comercialização, inclusive as transferências, o que for maior, já de antemão prevendo que em determinados períodos, o contribuinte experimentará prejuízo, com as entradas internas sendo maiores que as receitas geradas.

Ressalve-se que o RICMS 97 ou 2012 sequer disciplina qualquer requisito outro ao exercício de tal benefício, cuja prática, portanto, é incentivada pelo próprio Estado, que está impedido, por óbvio

(a não ser mediante prévia modificação legislativa), de penalizar, suprimir ou desconstituir a utilização pelo contribuinte de tal benefício disciplinado em lei, como equivocadamente pretende esta autuação.

Até mesmo a autuação, a supostos “lançamento de diversos empréstimos, como entradas no Livro Caixa, inclusive de sócios, sem que houvesse geração de receita suficiente para a realização de seus pagamentos”.

Em que pese, tais pretensos empréstimos, em realidade, correspondem aos pagamentos relativos à venda de um terreno que à época era de propriedade desta Impugnante, registrado com número de matrícula 44.263 perante o 1º Ofício de Feira de Santana-BA, para R Carvalho Construções e Empreendimentos LTDA, no valor de R\$1.251.760,00 (um milhão duzentos e cinquenta e um mil e setecentos e sessenta reais), em 16 de novembro de 2009, cujos pagamentos correspondem exatamente às aludidas entradas no Livro Caixa, conforme Contrato de Promessa de Compra e Venda anexo, bem como respectivos comprovantes de pagamento do Imposto de Renda devido em função da alienação aludida, haja vista o ganho de capital experimentado, com DARF's e Comprovantes de Arrecadação nesta oportunidade acostados.

Desta forma, demonstrando-se a origem dos supostos empréstimos, que em realidade dizem respeito ao pagamento das parcelas referentes à venda do imóvel acima elencado, mais uma vez não há que se falar em omissão de receita a justificar a procedência da autuação. Entretanto, a autuação se refere a determinadas entradas “no caixa para o ativo imobilizado em valores expressivos”. Ocorre que, tais obrigações foram assumidas pela autuada mediante alienação fiduciária, através de contrato de financiamento específico, efetuado com o Banco Financeiro e Industrial de Investimento S.A. (FINAME) e, portanto, não se deram com a utilização de recursos próprios, pretensamente omitidos, consoante faz prova cabal as Cédulas de Crédito Bancário ora acostadas com tal finalidade.

Destarte, tendo sido efetuada a compra dos bens elencados mediante financiamento (alienação fiduciária), e desde que comprovada a operação, o que se faz nesta oportunidade através da farta documentação anexa, não há que se falar, novamente, em omissão de receita a justificar a procedência da autuação. Em resumo, não se mantém a presunção acerca da omissão de receita a justificar a procedência da autuação, já que inexiste a pretensa omissão de receita a ensejar a autuação, haja vista que os recursos utilizados foram escriturados, advindo do saldo inicial da conta caixa 2010 e, portanto de origem comprovada;

Alega que inexiste qualquer ilegalidade em se utilizar recursos próprios originados de saldo em conta caixa, desde que devidamente escriturados, para suprir os meses em *déficit*, já que o próprio benefício constante do §6º do Art. 352-A, do RICMS/97 e do art. 275 do RICMS/2012, em si prevê competência deficitária, ao estabelecer como parâmetro para seu cômputo, o valor das entradas internas e interestaduais de mercadorias, em detrimento das receitas mais as transferências;

Que os supostos empréstimos em realidade dizem respeito ao pagamento das parcelas referentes à venda do imóvel registrado com número de matrícula 44.263 perante o 1º Ofício de Feira de Santana-BA, para R Carvalho Construções e Empreendimentos LTDA, no valor de R\$1.251.760,00 (um milhão duzentos e cinquenta e um mil e setecentos e sessenta reais), em 16 de novembro de 2009; as entradas no Ativo Imobilizado foram realizadas mediante alienação fiduciária, através de contrato de financiamento específico, efetuado com o Banco Financeiro e Industrial de Investimento S.A. (FINAME) e, portanto, não se deram com a utilização de recursos próprios, pretensamente omitidos, consoante faz prova cabal as Cédulas de Crédito Bancário acostadas com tal finalidade.

Que por derradeiro, não há como prosperar a Infração 4, ora impugnada, haja vista que a ilustre autuante laborou com base em meras presunções insustentáveis quando se analisa a legislação de regência, bem como a escrita contábil do período, juntamente com os demais documentos ora carreados. Em dever de ofício e em razão do princípio da eventualidade, acaso mantida a autuação em seus termos, é por bem requerer que, em se considerando o cômputo do cálculo do ICMS devido, nos termos do §5º do Art. 352-A, do RICMS/97 e do art. 274 do RICMS/2012, se

disponibilize prazo para que esta Impugnante se adeque à sua nova realidade, bem como se considere o desconto de 20% no montante autuado, haja vista que o contribuinte, durante o período autuado, calculou o imposto devido com base em benefício disciplinado por lei e, portanto, a sua desconsideração não implica em enquadramento automático e cobrança no regime de cálculo menos favorável.

Por tudo o quanto exposto, demonstrados os equívocos que permeiam a malsinada notificação, pede e requer:

a) O recebimento da presente impugnação ante sua tempestividade, gerando por consequência, os requisitos do art. 151 do CTN, face à suspensão da exigibilidade do crédito tributário, para que a empresa impugnante não sofra qualquer restrição no seu cadastro e, especialmente, para obter certidão positiva com efeitos de negativa;

b) Preliminarmente, o reconhecimento da parcialidade da autuação, qual seja: Infração 01 – 07.21.01, no valor de R\$982,81 (novecentos e oitenta e dois reais e oitenta e um centavos), Infração 02 – 07.21.02 correspondente a R\$7.812,97 (sete mil oitocentos e doze reais e noventa e sete centavos) e Infração 03 – 07.21.03 no montante de R\$385,00 (trezentos e oitenta e cinco reais), com o seu consequente desmembramento do restante da autuação, para fins de pagamento imediato do débito, com os benefícios que a legislação confere, mediante a emissão do DAE respectivo;

c) Seja julgado o presente auto de infração parcialmente procedente, reconhecendo-se a irregularidade na emissão das notas fiscais eletrônicas ignoradas por esta Impugnante, bem como a regularidade dos recolhimentos realizados;

d) Em respeito ao princípio da eventualidade, requer ainda, que em se desconsiderando a aplicação do benefício previsto no §6º do Art. 352-A, do RICMS/97 e do art. 275 do RICMS/2012, se disponibilize prazo para que esta Impugnante se adeque à sua nova realidade, bem como se considere o desconto de 20% no montante autuado, nos termos do §5º do Art. 352-A, do RICMS/97 e do art. 274 do RICMS/2012;

e) Requer ainda a realização de diligência perante às Fazendas Estaduais para fins de confirmação da irregularidade na emissão das notas fiscais eletrônicas acima aludidas.

Finalmente, requer a juntada dos documentos anexos, salientando ainda que toda a sua escrita contábil e fiscal encontra-se à disposição deste M.M. Conselho, para quaisquer procedimentos entendidos necessários por estes M.M. Julgadores, à elucidação e comprovação dos argumentos esposados nesta peça. Outrossim, requer ainda a intimação dos advogados que subscrevem esta peça, no endereço profissional constante do timbre, de todos os atos praticados no processo, especialmente quando das sessões de julgamento e ciência das decisões proferidas por este M.M. Conselho, com o fito de resguardar o princípio da ampla defesa e do contraditório.

A primeira informação fiscal foi prestada à fl. 1.425, quando inicialmente o autuante diz que o contribuinte reconheceu integralmente a infração 2 e em parte das infrações 1 e 3 e que infração 4 foi preliminarmente refutada, mas em não sendo acolhidas as suas justificativas, em respeito ao princípio da eventualidade, foi requerido que, em se desconsiderando a aplicação do benefício previsto no § 6º do Art. 352-A, do RICMS/97 e no Art. 275 do RICMS/2012, se disponibilize prazo para que se adeque à sua nova realidade, bem como seja considerado o desconto de 20% no montante autuado, nos termos do § 5º do Art. 352-A, do RICMS/97 e do art. 274, do RICMS/2012.

Na infração 1, o contribuinte reconheceu o valor de R\$982,81 (novecentos e oitenta e dois reais, oitenta e um centavos), relativamente às notas fiscais números 955.864 – 1.964 – 503 – 143.800 – 1.623 e 345.950. Alegou ignorar, até a ciência do lançamento, os demais documentos fiscais que compõem esta infração. Que não teria realizado as aludidas aquisições de mercadorias. Os documentos fiscais desconhecidos pelo contribuinte e que se encontram relacionados no Demonstrativo 1, na verdade se tratam de Notas Fiscais Eletrônicas que desde a sua autorização é do conhecimento do contribuinte.

Que é importante mencionar que a Nota Fiscal Eletrônica “é um documento de existência apenas digital, emitido e armazenado eletronicamente, com o intuito de documentar, para fins fiscais, uma operação de circulação de mercadorias ou uma prestação de serviços, ocorrida entre as partes.

Sua validade jurídica é garantida pela assinatura digital do remetente (garantia de autoria e de integridade) e a Autorização de uso fornecida pelo Fisco, antes da ocorrência do fato gerador”.

Acrescente-se que os documentos eletrônicos são de conhecimento dos destinatários das mercadorias, já que estes podem acessá-los, mediante uso de senha. Em eventual ocorrência de faturamento indevido, o contribuinte lesado tem a obrigação de comunicar à Inspetoria Fazendária de sua jurisdição para a adoção de providências ou ainda, apresentar queixa em uma delegacia especializada a fim de que seja investigada a prática, pois corresponderia a um crime, procedimento este que não se verificou no caso concreto.

Por outro lado, constata-se total sintonia entre as mercadorias descritas nos documentos fiscais arrolados no demonstrativo que embasa a infração, com aqueles comercializados pelo contribuinte e os remetentes das mercadorias fazem parte do rol de fornecedores da defendant e são empresas de tradição no mercado. Não é plausível o argumento de que desconhecia as operações que destinaram mercadorias sujeitas ao pagamento do ICMS por Antecipação ou Substituição Tributária. Pelo exposto mantém integralmente a infração.

Como já mencionado, a Infração 2 foi reconhecida integralmente pelo contribuinte.

Em relação à Infração 3, o contribuinte reconheceu o valor de R\$984,18 (novecentos e oitenta e quatro reais, dezoito centavos), relativamente às notas fiscais números 1.260 – 1.710 – 1.836 – 164.626 e 444, conforme demonstrativo à folha 1296. Embora tenha informado que reconhecia R\$385,00 (trezentos e oitenta e cinco reais), mas ao demonstrar os documentos fiscais, conforme já mencionado, totaliza-os em R\$984,18, desse modo, tomou-se os documentos relacionados no demonstrativo apresentado na defesa e o seu valor como aquele efetivamente reconhecido.

Alegou ignorar, até a ciência do lançamento, os seguintes documentos fiscais, que compõem a infração: 8 – 279 – 5.309 – 310 – 287 – 1.738 – 7.179 - 47.775 – 20.784 – 53.236 – 5.291 – 320 – 5.742 – 12.520 – 16.601 – 22.283 e 5.328 e que não teria realizado as aludidas aquisições de mercadorias. Observa que o defendant relacionou todos os documentos fiscais elencados como reconhecidos, entre aqueles que não reconhecia, e sendo assim, os segregou desta relação.

Os documentos fiscais desconhecidos pelo contribuinte, nesta Infração, se tratam, também, de Notas Fiscais Eletrônicas que desde a sua autorização é do conhecimento do contribuinte. Por outro lado, de igual modo, constata-se total sintonia entre as mercadorias descritas nos documentos fiscais supramencionados com aqueles comercializados pelo contribuinte e os remetentes das mercadorias fazem parte do rol de fornecedores da defendant e são empresas de tradição no mercado.

Que acatou as alegações do contribuinte, em relação à devolução das mercadorias constantes das notas fiscais nºs: 56.815, 56.894, 57.644, 170.955, 17.523, 17.524, 10.166, 19.294, 13.609, 227.457 e 227816 que se processaram através das notas fiscais: 16.660, 16.681, 16.658, 43.774, 18.071, 18.070, 1.276, 19.732, 1.816, 12.240 e 12.241, respectivamente, cujas emissões foram feitas pelos próprios fornecedores.

Por outro lado, deixa de acatar as alegações quanto às notas fiscais números 1.738 e 320, pois não foi comprovada a efetiva devolução das mercadorias. Também não acata as alegações quanto às notas fiscais números: 2.431 - 103.529 – 434 e 16.601 que o contribuinte alega ter sido pago à época, sem contudo juntar comprovante de pagamento em se encontrarem vinculados os números das referidas notas fiscais.

Finalmente, elaborou-se o Demonstrativo 3-A, onde ficou o valor da Infração 3, alterado de R\$13.358,68 (treze mil, trezentos e cinquenta e oito reais, sessenta e oito centavos) para o valor de R\$4.984,08 (quatro mil, novecentos e oitenta e quatro reais, oito centavos).

Em relação à Infração 4, o contribuinte alega que em função de suposta omissão de receita, desconsiderou a aplicação do limite de 4% previsto no § 6º do Art. 352-A, do RICMS/97 e no Art. 275 do RICMS/2012, com o consequente enquadramento no regime normal e portanto, o deslocamento do cálculo do ICMS devido para o § 5º do Art. 352-A, do RICMS/97 e para o Art. 274 do RICMS/2012, sem o cômputo da redução de 20%, resultando na diferença de recolhimento autuada.

Que o deslocamento ocorreu, porque o agente fiscalizador supôs que a impugnante omitiu receita em razão de por vezes experimentar valores de entradas de mercadorias maiores que as receitas geradas, socorrendo-se necessariamente de saldo inicial da conta caixa em 2010. (grifo nosso). Não foram por vezes que os valores de aquisições de mercadorias foram superiores aos valores das receitas com vendas de mercadorias e sim, preponderantemente durante o período fiscalizado, conforme se pode perceber ao comparar tais valores.

Que na Infração 4 não se está imputando ao contribuinte nenhuma penalidade quanto a eventual saldo credor da conta caixa ou por seu suprimento com recursos de origem não comprovada que, se fosse esse o caso, aprofundar-se-ia o levantamento com este foco. O que nos parece lógico é que, uma empresa ao ser constituída tem como objetivo auferir lucro e para isso, deve gerar receitas bem superiores aos custos de aquisição de mercadorias e das demais despesas advindas com a atividade comercial, além da remuneração do capital investido pelos seus sócios.

Desse modo, coube-nos indagar se efetivamente o limite de 4% previsto no § 6º do Art. 352-A, do RICMS/97 e no Art. 275 do RICMS/2012 deve ser tomado literalmente, sem nenhuma análise subjacente aos valores apresentados pelo contribuinte? Por entender que não, buscou-se indícios clássicos de omissão de receitas, nos livros caixa apresentados, que nos levaram a desconsiderar a aplicação do limite de 4% acima mencionado, conforme informado na descrição da infração.

Argumenta o contribuinte que não cabe à fiscalização, simplesmente, desconsiderar a escrita contábil lastreada em documentos robustos, que remete à utilização de recursos provenientes do saldo inicial da conta caixa em 2010, devidamente escriturado, e, portanto, de origem comprovada, em proveito de declaração acessória (DASN - 2010), cujos meros equívocos de transcrição das informações escrituradas no livro caixa, não são suficientes como elementos de convicção e certeza indispensáveis à validação do crédito tributário, devendo prevalecer, obrigatoriamente, as informações contidas na escrita contábil do período e demais documentos, em respeito à verdade material.

Que de fato, está escriturado no livro caixa um saldo inicial de R\$3.442.381,58 (três milhões, quatrocentos e quarenta e dois reais, cinquenta e oito centavos), que representa mais de duas vezes o valor do faturamento do ano anterior que somou apenas R\$1.514.665,89 (um milhão, quinhentos e quatorze mil, seiscentos e sessenta e cinco reais, oitenta e nove centavos) conforme DASN referente ao ano-base de 2009, em anexo.

Que carece de comprovação a alegação do contribuinte, pois não basta tão somente lançar. É necessário comprovar a existência desse numerário através da apresentação de extratos bancários onde conste tal numerário e consequentemente se possa averiguar a sua origem, o que não traz a defesa. Apenas afirma que se encontra escriturado e por tanto já estaria comprovado. Isso somente não é suficiente para a justificação do quanto alegado. Por outro lado, parece razoável a alegação de erro de transcrição, já que até o presente momento não se providenciou a necessária retificação da Declaração Anual (2010), haja vista que a última e única Declaração Retificadora do contribuinte foi apresentada em 24/11/2011, fato a indicar ser o saldo de caixa constante da declaração anual o real e não aquele simplesmente escriturado no livro caixa da empresa que não reflete a realidade das operações da empresa no ano imediatamente anterior, conforme já mencionado.

A informação de um saldo de caixa elevado, já na Declaração Original, certamente levaria a Administração Tributária a fazer uma melhor análise quanto a movimentação da empresa naquele ano, inclusive quanto à possibilidade de sua exclusão do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, pois aquele valor de saldo de caixa seria superior ao limite de enquadramento no Simples Nacional vigente à época que era de R\$2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais).

Quanto ao benefício que limita o pagamento da Antecipação Tributária Parcial em 4% das receitas mais as transferências ou 4% do valor das entradas internas e interestaduais de mercadorias destinadas à comercialização, inclusive as transferências, o que for maior, alega

que, já de antemão prevendo que em determinados períodos, o contribuinte experimentará prejuízo, com as entradas internas sendo maiores que as receitas geradas.

Que não se está questionando a utilização do benefício que limita o pagamento da antecipação parcial em 4%, seja este calculado pelos valores das vendas mais transferências ou pelas compras internas e interestaduais, mas sim a utilização preponderantemente sobre o valor das entradas, o que não é normal, nem aceitável, como se verificou neste caso, onde se está indefinidamente formando estoques.

Por isso, deve-se buscar o real objetivo das normas contidas na legislação tributária e, neste caso em especial, se é lícito tomar apenas uma parte dos critérios que definem o gozo do benefício contido no § 6º do Art. 352-A, do RICMS/97 e no Art. 275 do RICMS/2012? Não nos parece que o legislador esteja dando salvo conduto para que o contribuinte tome como base para o pagamento da antecipação tributária parcial, preponderantemente aquele decorrente da aplicação do percentual de 4% sobre o valor das entradas de mercadorias, como se utilizou o postulante.

Em regra, o valor das receitas geradas pela empresa precisa ser maior que o valor das suas aquisições de mercadorias, pois, além de ter que pagá-las, terá outros custos e despesas inerentes às suas atividades que precisam ser honrados, além de ter que gerar lucro para remunerar o capital próprio, aquele investido na sociedade pelos seus sócios. Quando, pelo contrário, uma empresa apresenta valor de aquisição de mercadorias maior que as receitas geradas, fica latente que há ingresso de recursos de origem não comprovada que foram omitidos das mais diversas formas, como elencado na descrição da infração. Situação tal, só é aceitável para empresas em início de atividades, pela justificável formação de estoques ou ainda, para aquelas afetadas por fatores como a sazonalidade, cujas atividades tenham fluxo de compras e vendas determinadas por estações do ano, dias comemorativos (pás, noivas, festas juninas, natal etc.) que não é o caso do contribuinte.

Assim, não é aceitável a afirmação de que inexiste qualquer ilegalidade em se utilizar recursos próprios originados de saldo em conta caixa, desde que devidamente escriturados, para suprir os meses em *déficit*, já que o próprio benefício em si prevê competência deficitária, ao estabelecer como parâmetro para seu cômputo, o valor das entradas internas e interestaduais de mercadorias, em detrimento das receitas mais as transferências.

Tal competência deficitária só é aceitável em empresa em início de atividades, onde há a formação de estoques **ou naquelas afetas às estações do ano** e datas especiais, como já citados. Por isso, não é correto afirmar que os dispositivos mencionados não disciplinam qualquer requisito outro ao exercício do benefício e que assim, se estaria penalizando, suprimindo ou desconstituindo a utilização, pelo contribuinte, de benefício disciplinado em lei. Ora, não há que se colocar na lei o óbvio – toda empresa é criada para gerar lucro e para isso tem que se ter receitas maiores que os custos e as despesas. Ao se apresentar de forma contrária e indefinidamente, parece-nos querer fazer pouco caso da capacidade que tem a Administração Tributária de corrigir os rumos das coisas.

O contribuinte, para tentar justificar parte dos valores relativos a empréstimos lançados no seu livro Caixa, juntou aos autos cópia de um Contrato Particular de Promessa de Compra e Venda, folhas 1336 a 1343, onde é vendido um imóvel: uma área de terra, pelo valor de R\$ 1.251.760,00 (um milhão, duzentos e cinquenta e um mil, setecentos e sessenta reais) para a empresa R. CARVALHO CONSTRUÇÕES E EMPREENDIMENTOS LTDA. Discorre detalhadamente sobre as questões suscitadas pelo impugnante em sua defesa.

Senhores Conselheiros, este documento não nos foi apresentado quando da realização do levantamento fiscal, embora tenhamos questionado aos representantes da empresa quanto ao lançamento de diversos valores a título de entrada no caixa, cuja descrição consta como “REC. REF. PARC.” sem, contudo, ter recebido qualquer informação. Não nos sendo possível, à época, saber do que se tratava, pois a sua descrição não informa a quê de fato tais recebimentos se referem.

Mantém integralmente o lançamento quanto às infrações 1, 2 e 4. Acato parte das alegações do contribuinte para reduzir o valor da Infração 3 de R\$13.358,68 (treze mil, trezentos e cinquenta e oito reais, sessenta e oito centavos) para o valor de R\$4.984,08 (quatro mil, novecentos e oitenta e quatro reais, oito centavos), conforme Demonstrativo 3-A, em anexo, ficando alterado o crédito tributário lançado no presente PAF de R\$ 235.563,74 (duzentos e trinta e cinco mil, quinhentos e sessenta e três reais, setenta e quatro centavos) para R\$ 227.189,14 (duzentos e vinte e sete mil, cento e oitenta e nove reais, quatorze centavos)

O Impugnante se manifestou às fls. 1.462/74. Quanto às infrações 1 e 3, em sede de Informações Fiscais, alude o Ilustre Autuante que seria de conhecimento desta Impugnante a emissão de toda e qualquer nota fiscal eletrônica. Em que pese, consoante sabido, para fins de emissão das referidas notas eletrônicas, não se faz necessária qualquer autorização do contribuinte, bastando, para tanto, que a empresa emitente previamente tenha conhecimento de dados como CNPJ/MF, como se observa no caso em testilha, já que as empresas emitentes se tratavam de parceiras comerciais desta Impugnante, mas que por motivos que se ignora, emitiram notas equivocadamente.

Neste ponto, necessário mencionar os e-mails das empresas GIGA e MTK, emitentes das aludidas notas fiscais eletrônicas ignoradas por esta Impugnante, que foram colacionados juntamente à Impugnação, nos quais tais empresas confirmam que esta Impugnante não recebeu as mercadorias, ou seja, não efetivou a sua compra. Entremes, não se pode imputar ao contribuinte o ônus de verificar, numa infinidade de documentos e em um extenso volume de negociações, que verifique, diariamente, em esforço hercúleo, a emissão de nota por nota e sua regularidade, na medida em que os estornos devem ser realizados por aqueles que emitem as notas equivocadamente.

Desta forma, a averiguação da idoneidade de tais notas deveria, obrigatoriamente, ser realizada perante a própria secretaria fazendária do estado sede da empresa emitente, em esforço de se alcançar a verdade irrefutável dos fatos e não se transferir ao Contribuinte o ônus probatório que cabe tão somente à autuação.

Especificamente quanto às notas fiscais n. 1.738 e 320, foram juntados os e-mails das empresas emissoras, que confirmam que tais notas foram emitidas equivocadamente, sem que este contribuinte tenha realizado a compra das mercadorias relacionadas, no que requer o acolhimento de tais alegações, como ocorre com as notas fiscais de n. 2.431, 103.529, 434 e 16.601, haja vista que a fiscalização tem acesso a todos os pagamentos efetuados pelo contribuinte e tendo em vista a farta documentação juntada à Impugnação, por cautela.

Destarte, demonstrados os equívocos perpetrados pela fiscalização, requer a improcedência da autuação nos pontos ora ventilados, como de direito.

Consoante se pode observar da informação fiscal, toda a infração 4 se restringe, preponderantemente, a presunção de omissão de receita, como se destaca do seguinte trecho, *in verbis*:

“Desse modo, coube-nos indagar se efetivamente o limite de 4% previsto no §6º do Art. 352-A, do RICMS/97 e no Art. 275 do RICMS/2012 deve ser tomado literalmente, sem nenhuma análise subjacente aos valores apresentados pelo contribuinte?”. (Com grifos)

Assim, reafirma-se que bastou a simples presunção da existência de omissão de receita, para a fiscalização desconsiderar, à revelia da farta documentação apresentada, especialmente da escrita fiscal do período, o cálculo do ICMS realizado de acordo com os parâmetros previstos no §6º do Art. 352-A, do RICMS/97 e do art. 275 do RICMS/2012, enquadrando-o de tal sorte, na forma de cálculo prevista no §5º do Art. 352-A, do RICMS/97 e do art. 274 do RICMS/2012, sem o cômputo de desconto de 20%, resultando na diferença de recolhimento autuada.

Em sequência, tem-se ainda que a autuação teima em desconsiderar a legalidade e correção na utilização do benefício previsto no §6º do Art. 352-A, do RICMS/97 e do art. 275 do RICMS/2012 para

fins de cálculo do ICMS devido, haja vista que o RICMS não prevê qualquer requisito para a sua utilização, como quer a fiscalização.

Novamente, ressalve-se que o RICMS/97 ou 2012 sequer disciplina qualquer requisito outro ao exercício de tal benefício, cuja prática, portanto, é incentivada pelo próprio Estado, que está impedido, por óbvio (a não ser mediante prévia modificação legislativa), de penalizar, suprimir ou desconstituir a utilização pelo contribuinte de tal benefício disciplinado em lei, como equivocadamente pretende esta autuação.

A segunda informação fiscal foi à fl. 1.479 quando o autuante manteve a primeira informação fiscal integralmente. Foi feito pedido de Diligência às fls. 1.482 nos seguintes termos ao autuante:

- a) Refazer o demonstrativo da infração 4 considerando a aplicação do limite previsto, para eventual aproveitamento do cálculo modificado pleiteado pelo impugnante, em julgamento nesta Junta, ou em grau de recurso à câmara.
- b) Verificar se as notas fiscais eletrônicas que não foram aceitas pelo impugnante nas infrações 1 e 3 estão com cópias de DANFE nos processos; caso não estejam, juntar cópias, e na possibilidade de já estarem todas anexadas, fazer demonstrativo indicativo das folhas.

A Diligência foi cumprida à fl. 1.490 e o Impugnante se manifesta às fls. 1.495/98 e que ao ser apresentada a informação fiscal, verifica-se, com a devida vênia, que não foram cumpridas as determinações deste Douto órgão julgador.

Que não houve aplicação do limite de 4% previsto no art. 275 do RICMS/2012, e art. 352-a do RICMS/97. Os dispositivos em comento, que se encontravam vigentes à época da autuação, determinavam uma dupla redução dos valores devidos pelos contribuintes: a) em um primeiro momento, o imposto apurado, nas aquisições realizadas por ME ou EPP, era reduzido em 20%; b) Ao final de cada período de apuração, o valor do imposto a recolher, relativamente a cada estabelecimento, era limitado a 4% das receitas mais as transferências ou 4% do valor das entradas internas e interestaduais, de mercadorias destinadas à comercialização, inclusive as transferências, o que for maior.

Confira-se, a respeito, o indigitado dispositivo legal:

Art. 352-A. (*omissis...*)

§ 5º Nas aquisições efetuadas por contribuintes enquadrados na condição de ME e EPP, independentemente da receita bruta, fica concedida uma redução de 20% (vinte por cento) do valor do imposto apurado, na hipótese de o contribuinte recolher no prazo regulamentar, não cumulativa com a redução prevista no § 4º.

§ 6º Ao final de cada período de apuração, o valor total do imposto a recolher nos termos dos §§ 4º e 5º deste artigo, em relação a cada estabelecimento de contribuinte credenciado para pagamento no prazo previsto no § 7º do art. 125, fica limitado a 4% das receitas mais as transferências ou 4% do valor das entradas internas e interestaduais, de mercadorias destinadas à comercialização, inclusive as transferências, o que for maior.

No lançamento fiscal houve completo desprezo às normas supracitadas, uma vez que a autoridade fiscal considerou a existência de suposta omissão de rendimentos. Em decorrência, houve reenquadramento da impugnante na condição de contribuinte “normal”; isto é, sem a opção pelo Simples Nacional. A despeito da impugnação ofertada e posterior conversão do julgamento em diligência, compulsando-se a informação fiscal de fl. 1.490 e respectivos demonstrativos, observa-se que o novo cálculo efetuado não considerou a existência dos dois limitadores acima expostos. Houve, de fato, o abatimento dos 20% (previsto no parágrafo 5º do art. 352-A), mas a redução do ICMS “a 4% das receitas mais as transferências ou 4% do valor das entradas internas e interestaduais, de mercadorias destinadas à comercialização” (parágrafo 6º) não foi aplicada, em total afronta ao determinado no despacho de fl. 1482.

A não aplicação cumulativa dos descontos na base de cálculo do ICMS mostra-se infundada, à medida que o benefício fiscal foi concedido por lei de forma incondicionada, sem quaisquer

restrições ou imposições a não ser o montante de receita bruta auferido pelo contribuinte. Observa-se que o único fundamento para este proceder é a insistência da autoridade fazendária em promover a desconsideração da escrita contábil do requerente em detrimento de declaração acessória (DASN - 2010), cujos meros equívocos de transcrição das informações escrituradas no livro caixa, não são suficientes como elementos de convicção e certeza indispesáveis à validação do crédito tributário.

Incorre o autuante, neste ponto, em mais equívocos. Em primeiro, porque em nenhum momento a legislação traz como consequência da omissão de rendimentos a perda de benefícios fiscais. Não há esta relação do antecedente suposto – a omissão de receita - e consequente normativo – não redução da base de cálculo do imposto. Só este fato, por si só, é capaz de infirmar o lançamento fiscal. A hipotética omissão de receita, se existente, não autorizaria a tributação do ICMS dentro do “regime normal”. Isto porque ainda que tais valores fossem totalizados não se atingiria um montante anual além daquele previsto na Lei Complementar 123 para enquadramento do contribuinte como ME ou EPP.

Finalmente, é de se registrar que os documentos acostados aos autos, em especial aqueles relativos à venda de um terreno e as cédulas de crédito bancário, referentes a um empréstimo contraído, fazem prova incontestável da origem dos recursos, colocando por terra toda fundamentação da suposta omissão de receitas.

Outro aspecto não considerado pela autoridade fazendária foi o ICMS já recolhido ao erário público, constantes nas notas fiscais abaixo relacionadas e que se encontram acostadas aos autos.

Infração 03 – 07.21.03			
NOTA FISCAL	FORNECEDOR	RAZÃO SOCIAL	UF
2.431	08395193000139	ONIX SECURITY IND. ELETRO ELETR. LTDA-ME	SP
103.529	82901000001441	INTELBRAS S/A – IND DE TEL ELET BRASILEI	SC
434	09467790000194	DKTECH COM DE PROD ELETRONICOS LTDA	PR
16.601	11476285000158	BERLANDA IMPORTADORA LTDA	PR

Sob tal documentação não pesam quaisquer indícios de irregularidades, tratando-se de documentos idôneos, previstos em legislação como prova inequívoca do recolhimento de tributos. Ante todo o exposto, requer a V.Exa. nova conversão do julgamento em diligência, de forma a promover novo cálculo do auto de infração com base nos fundamentos acima expostos.

Em nova informação fiscal à fl. 1503, o autuante diz que em relação às infrações 1 e 3, os demonstrativos foram refeitos, a fim de ser informado o número das folhas do PAF onde se encontram acostados os respectivos documentos fiscais que lhes dão embasamento, entretanto tal informação já constava do sumário, vide folha 11, onde foi feito o indicativo das folhas do PAF onde se encontram acostados cada demonstrativo, bem como os documentos fiscais referenciados.

Quanto à comprovação do pagamento do imposto relativo às notas fiscais números 2.431 – 103.529 – 434 e 16.601, cujas cópias encontram-se nas folhas 1402 a 1405 que são parte dos documentos apresentados pela defesa, mas que não estão acompanhados de qualquer comprovante de pagamento do imposto, desse modo, ao deixar de juntar os DAE(s) relativos aos pagamentos dessas notas fiscais, a defesa não comprova o seu pagamento.

Em relação à Infração 4 foi elaborado o demonstrativo 4-A que, ao contrário do alegado pela defesa, encontra-se sintetizada a infração, de forma a auxiliar na formação da opinião dos Senhores Conselheiros, conforme segue :

- 1) No caso os Ilustres Conselheiros sejam de opinião que a forma utilizada pelo contribuinte para pagamento da antecipação parcial está de acordo com as normas preconizadas nos § 6º do Art. 352-A, do RICMS/97 e no Art. 275 do RICMS/2012 que limita o pagamento do imposto a 4% das receitas mais as transferências ou 4% do valor das entradas internas e interestaduais, de mercadorias destinadas à comercialização, inclusive as transferências, o que for maior – tal opção encontra-se contemplada no referido demonstrativo, no título Cálculo do Limite para Pagamento da Antecipação

Parcial, onde a infração seria, assim, julgada improcedente, pois os valores pagos seriam iguais ou superiores ao limite calculado mensalmente;

- 2) Por sua vez, os valores lançados no Auto de Infração constam das colunas com título: Valor da Antecipação: conforme lançamento fiscal transcrito do demonstrativo 4 – para a hipótese da infração ser julgada totalmente procedente, conforme argumentação prestada na Informação Fiscal inicial e;
- 3) As colunas referentes ao Valor de Amortização de 20% s/Pagtos. Realizados foram elaboradas para o caso dos Ilustres Conselheiros vir a concordar com a desconsideração do limite de 4% para pagamento do imposto, previsto no § 6º do Art. 352-A, do RICMS/97 e no Art. 275 do RICMS/2012, mas permitam o abatimento de 20% proporcional ao valor do imposto pago, conforme o § 5º do Art. 352-A, do RICMS/97 e o Art. 274 do RICMS/2012.

VOTO

Inicialmente devo ressaltar que a **infração 2 foi** inteiramente reconhecida e não faz parte desta lide. Já quanto às **infrações 1 e 3**, houve reconhecimento parcial e a infração 4 foi inteiramente refutada. Passamos assim, ao julgamento das infrações 1, 3 e 4.

Nas infrações 1 e 3, o contribuinte teve contra si, a imputação de que deixou de pagar o ICMS decorrente das aquisições interestaduais de mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária e da antecipação parcial. O impugnante reconheceu parte do lançamento, porém refutou parte do lançamento em virtude do não reconhecimento de algumas notas fiscais de aquisições, assim como alegou que houve devoluções das mercadorias referentes a algumas notas fiscais.

Quanto à primeira infração o impugnante reconhece parte do lançamento e aduz que as demais notas fiscais são desconhecidas. Tratando-se de notas fiscais eletrônicas, que desde a sua emissão encontram-se disponíveis no ambiente da nota fiscal eletrônica, estas podem ser rejeitadas pelo contribuinte se não as reconhece; no entanto, após o lançamento de ofício, a simples negativa do recebimento de notas fiscais eletrônicas, sem efetiva comprovação, é insuficiente para elidir a infração. Infração 1 procedente.

Já na terceira infração, o autuante acatou as alegações do contribuinte em relação à devolução das mercadorias constantes de diversas notas fiscais mas, deixou de acatar as alegações quanto às notas fiscais números 1.738 e 320, pois não foi comprovada a efetiva devolução das mercadorias. Também não acatou as alegações quanto às notas fiscais números: 2.431 - 103.529 – 434 e 16.601 que o contribuinte alega ter sido pago à época, sem contudo juntar comprovante de pagamento em que se encontrem vinculados os números das referidas notas fiscais.

O autuante elaborou o Demonstrativo 3-A, onde reduziu o valor da Infração 3, alterado de R\$13.358,68 (treze mil, trezentos e cinquenta e oito reais, sessenta e oito centavos) para o valor de R\$4.984,08 (quatro mil, novecentos e oitenta e quatro reais, oito centavos) e quanto às notas fiscais n. 1.738 e 320, foram juntados os e-mails das empresas emissoras, que confirmam que tais notas foram emitidas equivocadamente, mas não foram apresentadas notas fiscais de devolução e entrada no fornecedor, sendo o email prova insuficiente, pois neste caso, o impugnante poderia solicitar a nota cancelada ou mesmo a nota fiscal de entrada da venda cancelada. Assim, de fato não houve efetiva comprovação de parte das alegações do impugnante e acato o demonstrativo 3-A elaborado na informação fiscal reduzindo esta infração para R\$4.984,08. Infração 3 procedente em parte.

Com relação à infração 4, o autuante efetuou um desenquadramento informal da empresa, do regime do SIMPLES NACIONAL, para o regime normal, para efeito de cobrança da antecipação parcial sem os benefícios inerentes à condição do regime simplificado, e tal medida só pode ser feitos mediante processo próprio, e no caso em tela, o autuante afirma que detectou irregularidades (suprimento de caixa sem comprovação de origem), e em vez de efetuar o lançamento por presunção de omissões de receita, optou por desenquadra-lo informalmente. O Direito Tributário é regido pelo princípio da legalidade estrita, e tal atitude não encontra qualquer amparo legal.

Assim, não é possível avaliar as acusações do fisco e a defesa do impugnante neste processo, visto que ainda que sejam comprovadas as acusações das irregularidades, este não pode ser desenquadrado do SIMPLES, no âmbito de uma fiscalização, sem o cumprimento do devido processo legal, além do fato de que toda a discussão gira em torno, não da falta de pagamento do imposto nos termos da situação do contribuinte como integrante do SIMPLES, mas por conta de fatos que não tem relação direta com a infração imputada.

O autuante no relatório de diligência afirma que “*caso os conselheiros sejam de opinião que a forma utilizada pelo contribuinte para pagamento da antecipação parcial está de acordo com as normas preconizadas nos § 6º do Art. 352-A, do RICMS/97 e no Art. 275 do RICMS/2012 que limita o pagamento do imposto a 4% das receitas mais as transferências ou 4% do valor das entradas internas e interestaduais, de mercadorias destinadas à comercialização, inclusive as transferências, o que for maior – tal opção encontra-se contemplada no referido demonstrativo, no título cálculo do limite para pagamento da Antecipação Parcial, onde a infração seria, assim, julgada improcedente, pois os valores pagos seriam iguais ou superiores ao limite calculado mensalmente*”, demonstrando que em se considerando as notas vigentes à época, o contribuinte recolheu valores iguais ou superiores ao limite calculado mensalmente, e conclui que neste caso, a infração deve ser julgada improcedente.

Não pode o agente fiscal deliberar pela exclusão de empresa do SIMPLES NACIONAL e ainda aplicar efeitos retroativos sem expressa autorização mediante TERMO DE EXCLUSÃO da Administração Fazendária. Vejamos que diz o RICMS/2012:

Art. 326. A exclusão do Simples Nacional será feita de ofício ou mediante comunicação da microempresa ou da empresa de pequeno porte, na forma determinada em resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional.

Art. 327. Na hipótese de exclusão de ofício, será expedido termo de exclusão e o contribuinte será comunicado da exclusão nos termos do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09 de julho de 1999.

Art. 328. 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. 329. 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.

Assim, face ao descumprimento do devido processo legal, julgo NULA a infração 4, devendo ser renovada a ação fiscal para se apurar os fatos descritos nesta infração.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do lançamento.

RELATÓRIO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 232368.0003/15-0 lavrado contra **SM CUNHA & CIA. LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$19.743,18**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor recolhido.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, com efeitos a partir de 10.10.00.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de dezembro de 2016.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - RELATOR