

PROCESSO - A. I. Nº 206878.0023/09-0
RECORRENTE - D & W COMÉRCIO E SERVIÇO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0025-05/15
ORIGEM - INFAZ CRUZ DAS ALMAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 17/12/2018

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0351-12/18

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. REFEIÇÕES. EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. REGIME DE APURAÇÃO DE RECEITA BRUTA. Infração parcialmente comprovada, haja vista que após a exclusão do Simples Nacional, o contribuinte junta comprovações dos pagamentos referente aos meses de julho e setembro, no qual os valores foram excluídos. Modificada a Decisão recorrida. 2. 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. Mantido este item. Preliminares de nulidades rejeitadas. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face da decisão primária que julgou Procedente o Auto de Infração, em epígrafe, lavrado em 30/06/2009, para exigir crédito tributário de ICMS no valor original 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%;

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%.

Da análise dos elementos trazidos aos Autos, a 5ª JJF, decidiu, por unanimidade, pela Procedência da infração com fundamento no voto condutor, abaixo transcrito.

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.

Inconformado, o Sujeito Passivo por seu Patrono interpõe Recurso Voluntário, às fls. 486/493, renova todo o teor da defesa e demais pronunciamentos, registrando que não tenham sido vícios alegados em fase anterior e acatados pela PGE e pelo CONSEF, em relação ao Acórdão JJF nº 0110-05/10, considerado nulo. Na mesma esteira, aduz que consoante fls. 3 do Acórdão CJF nº 0095/11-12, a primeira decisão da Junta teria sido anulada em face do fato de que a Junta: “*não examinou e nem julgou a preliminar de nulidade por insegurança na determinação da infração e na apuração dos valores, aduzidas no item 04 da defesa, e nem também se manifestou acerca dos argumentos relativos à vigência do SIMPLES NACIONAL em 2007, e da aplicabilidade da Resolução CGSN suscitada no item 12 da impugnação.*”.

Na linha traçada, afirma que a 5ª JJF, julgando o feito mais uma vez, de início negou o pleito de diligência referente ao item 1, afirmando que os elementos dos autos seriam suficientes para a formação do juízo de valor acerca da matéria, também se reportando ao 6 e à reabertura de prazo em razão da preliminar suscitada e referente à suposta ausência do termo de início de fiscalização.

Assevera que há vício no julgamento de piso, aduzindo que houve expressa recusa na apreciação de preliminares de nulidade, cuja inobservância já havia ocasionado a nulidade da primeira decisão, destacando que tomando-se como paradigma o Acórdão CJF nº 0095-11/12, restaria evidente que as questões suscitadas nos item 04 e 12 da defesa protocolada dia 28/08/2009 exigem “... *atenciosa e regular apreciação, considerando o escopo da defesa, ou seja, como ‘questões prejudiciais ao mérito’*”, certo que jamais poderiam ser confundidas com o mérito, cujas razões também não foram integralmente analisadas, o que levaria a nova supressão de instância.

Na mesma linha, registra que a JJF não se pronunciou sobre as questões da irretroatividade dos efeitos dos Editais e da dedução, sobre a receita bruta apurada, do percentual de comercialização de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária (9% = R\$ 232.779,00), que ensejaria, em 2006, receita de R\$2.353.658,00, inferior, portando, aos R\$ 2.400.000,00, previsto para a exclusão do regime, tudo levando à nulidade da decisão de piso.

Com respeito ao item 1, que para o qual diz ser improcedente, ressalta que a diligência de fls. 438, contrariada na decisão, confirmou a ausência de regular notificação da Autuada sobre a “*Exclusão do Simples Nacional*”, o que levaria à nulidade do item 1, por insegurança na determinação da infração e apuração dos valores, entendido que o lançamento cita, de maneira simplória, que a Autuada teria deixado de recolher o ICMS, apurado de acordo com o regime de receita bruta, fato que segure que o imposto teria sido apurado, lançado e não recolhido. Afirma que no período levantado na ação fiscal era optante do SIMPLES NACIONAL, tendo cumprido as suas obrigações tributárias.

No mérito, aduzindo a improcedência do Auto de Infração, começa informando que a exigência fiscal atinge os meses de julho a dezembro de 2007, e que contrariando a acusação de falta de pagamento de imposto apurado por ter sido excluída do SIMPLES NACIONAL, em verdade, referida exclusão teria ocorrido de forma irregular.

Relativamente aos editais 01/2007 e 02/2007 que formalizariam a sua exclusão do SIMPLES NACIONAL, afirma que são ineficazes, pois, entre outras coisas, não consta a completa qualificação dos contribuintes e as devidas informações acerca das supostas ocorrências que os justificaram, lembrando que os contribuintes, centenas deles, foram identificados apenas pelas suas inscrições estaduais, o que dificulta o acesso às informações que se pretendeu dar publicidade.

Na mesma linha, aduz que a intimação de um ato de exclusão de sistema de tributação, que desencadeia efeitos diversos, não poderia ter sido feita por edital, sobretudo quando um contribuinte está em plena atividade e com seus dados atualizados perante à SEFAZ, assinalando que o meio utilizado para a publicidade do ato ofende o disposto no art. 108, § único, e incisos I a III, c/c o art. 26, III, do RPAF, além do fato de que a comprovação pedida às fls. 438 não ter sido juntada aos autos.

Diz da necessidade da intimação por escrito e afirma que a intimação por edital interferiu de forma negativa na possibilidade de defesa/impugnação da sua exclusão do SIMPLES NACIONAL.

Anota também que os editais foram publicados em novembro de 2007, não se podendo aplicar efeitos retroativos. Segundo o Edital 02/2007, a exclusão teria se dado “*EM VIRTUDE DE TEREM AUFERIDO NO ANO-CALENDÁRIO DE 2006 RECEITA BRUTA SUPERIOR AO LIMITE PERMITIDO*”, aduzindo que não existe no PAF a prova de que em 2006 a sua receita bruta teria sido superior a R\$2.400.000,00.

Registra que, em verdade, o seu faturamento total em 2006 foi de R\$2.586.437,72, e que abatendo-se o percentual médio de mercadorias substituídas (R\$232.779,00 equivalente a 9%), a sua receita bruta seria de R\$2.353.658,00.

Já para 2007, alega que conforme demonstrativo elaborado pelo Autuante, as suas vendas totais, deduzindo-se as mercadorias não tributadas e substituídas, foi de R\$2.372.013,23.

Lembra que, excepcionalmente, no ano de 2007, a permanência no Simples Nacional, para as empresas que já estavam no Simples Federal, era automática, exatamente o seu caso. Faz digressões a respeito do tema.

No que se refere ao Edital 01/2007, diz que além dos mesmos vícios relativos ao Edital 02/2007, consubstanciado no fato de que não aponta qual seria o “*débito sem a exigibilidade suspensa*”, consigna que não havia qualquer exigência fiscal que não estivesse regular, parcelada ou defendida.

Ainda sobre o tema, assevera que o Edital 01/07 foi baseado nos arts. 3º, II, “a”, e 5º, I, da Resolução 15/2007, tratando o art. 3º, II, “a” da exclusão obrigatória, remetendo para o art. 12, I, da Resolução 04/07, que, por sua vez, se reporta ao “*excesso de receita*” (não comprovada e que não tem relação com débito em dívida ativa). Já o art. 5º, I, da Resolução 15/07, se reporta à ausência de comunicação de exclusão obrigatória, não se enquadrando também na motivação alegada no Edital (débito sem exigibilidade suspensa). Conclui que a “*exclusão*” foi arbitrária e ilegal e, por via conexa, a autuação deve ser desconstituída.

Avançando, aduz que ainda que se cogitasse a validade ao lançamento, os valores apresentados não seriam integralmente devidos, para que se caracterizasse o “bis in idem”, haveria que se abater os valores recolhidos pela Autuada, pelo SUPER SIMPLES, que representam a parte estadual correspondente ao ICMS, o que foi desconsiderado pelo Autuante que cuidou de fazer incidir o imposto sobre as vendas tributadas, esquecendo-se, contudo, de deduzir as importâncias pagas e repassadas ao Estado.

Na linha traçada, explica que os pagamentos não foram realizados à UNIÃO, mas sim, ao estado, por intermédio da união, que processou os devidos repasses, sendo certo que conforme os já anexados “*Extratos do Simples Nacional*”, a Autuada teria pago a título de ICMS ao Estado da Bahia a importância de R\$8.849,09 (do DAS total de R\$26.934,31 e referente a agosto de 2007. Para o mês de julho de 2007, afirma que pagou, de ICMS, R\$7.778,83 (do DAS total de R\$ 24.082,04), motivo pelo qual entende que não lhe cabe qualquer ônus.

Por fim, pugna por revisão da fiscalização por fiscal estranho ao feito para apuração dos valores pagos pelo SUPER SIMPLES, pela nulidade da decisão recorrida, ou a nulidade do item 01, ou sua improcedência, ou ainda, no máximo, a sua procedência parcial, com o abatimento dos pagamentos já realizados ao Estado.

O feito foi convertido em diligência à PGE/PROFIS e, em Parecer Opinativo às fls.497/498, a Douta Procuradora, Dra. Maria José Coelho Sento Sé, após discorrer sobre a autuação, passa à análise das razões recursais trazidas pela Recorrente e, por fim, com à fl. 438, uma vez que a comprovação do teor dos editais não foi colacionado aos autos, bem como não foram feitos os abatimentos dos valores recolhidos pela autuada pelo SUPER SIMPLES.

Em atendimento à Diligência solicitada pela PGE/PROFIS, às fls. 501/502, o Auditor Fiscal Analcir Eugênio Paranhos da Silva, traz as seguintes informações:

1. *Que os editais solicitados estão acostados às fls. 16 e 20 deste processo, reproduções do “Edital de Notificação de Exclusão do Simples Nacional – Nº 01/2007”, publicado no D. O. do Estado, em 14/11/2007, cujas cópias foram recebidas pela Recorrente;*
2. *Quanto ao abatimento dos valores recolhidos pela autuada através do SIMPLES NACIONAL, diz ser incabível, conforme preconizado na Informação Fiscal, às fls. 360/365, e manifestado no Acórdão JF nº 0025/05/15, fls. 465/475, cabendo a autuada requerer a restituição do que teria sido indevidamente recolhido.*

Em conclusão, o Autuante reitera os termos de sua manifestação fiscal às fls. 360/365, corroborada pela decisão recorrida.

Em novo Parecer de fls. 505/506, o Douto Procurador Dr. José Augusto Martins Junior, após dissertar sobre a autuação e as razões recursais aduzidas pela Recorrente, opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário, anotando:

- *Quanto a nulidade do ato de comunicação do ato de desequilíbrio do SIMPLES NACIONAL, entende que não há como se emprestar guarida, tendo em vista o amplo conhecimento do ato derogatório;*
- *Destaca também que não cabe a tese de que a eficácia do desequilíbrio só poderia acontecer a partir de janeiro de 2008, uma vez sua exclusão se deu em face de a empresa ter auferido receita superior ao permitido no regime, precisamente no exercício de 2006;*
- *Quanto ao abatimento dos valores pagos no regime simplificado, comunga com o posicionamento firmado na manifestação de fls. 501, no sentido de não ser o lançamento em epígrafe o foro adequado para o pedido de restituição, cujo procedimento específico está albergado na Legislação Tributária Estadual.*

Destaque-se que na assentada de Julgamento, no dia 12/11/2018, o Patrono da Recorrente, Dr. Fernando Marques Villa Flor, quando da sua sustentação oral, desistiu de suas alegações quanto às nulidades suscitadas em suas razões recursais.

VOTO

Trata o presente de Recurso Voluntário, tempestivo, interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, d o Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal deste CONSEF, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do

imposto exigido no presente Auto de Infração.

O Recurso interposto pelo Contribuinte tem como fulcro a apreciação das razões de insurgência em face da decisão de primeiro grau que julgou procedente o lançamento cujas imputações são de haver o sujeito passivo: a) deixado de recolher no prazo regulamentar ICMS relativo à comercialização de refeições, apurado com base no Regime de Apuração em Função da Receita Bruta; b) deixado de efetuar o recolhimento do ICMS, antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização; c) ter recolhido a menos o ICMS, antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização; d) deixado 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; e) deixado 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; e f) omitido 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.

A tese recursal, por primeiro, suscita a nulidade da decisão recorrida em face da negativa da Junta de Julgamento Fiscal frente ao seu pedido de realização de diligência para verificar que não teria havido a ocorrência do fato gerador no montante autuado, também anotando que teria havido cerceamento do seu direito de defesa, tendo em vista que os demonstrativos da acusação seriam de difícil compreensão.

Vale destacar, conforme registrado no relatório retro, a ocorrência da desistência, pelo Patrono da Recorrente, do questionamento das nulidades suscitadas em suas razões recursais.

Todavia há que se destacar que não caberia emprestar guarida às razões do sujeito passivo. Fato é que ainda que se possa atribuir certo grau de dificuldade na compreensão dos demonstrativos fiscais, tal dificuldade foi totalmente superada, porquanto o sujeito passivo exerceu com plenitude o seu direito de defesa, aí entendido que formulou as peças de defesa e recursal atacando todos os pontos da acusação fiscal, percebendo-se, claramente, que nenhum dos pontos listados no Auto de Infração deixou de ser atacado.

Quanto à nulidade da decisão da JJF, do mesmo modo, não há como acolher a tese recursal, pois, em que pese os membros da JJF terem denegado pedido de diligência formulado pela ora Recorrente, tal negativa não teve qualquer repercussão na apropriação da verdade dos fatos, haja vista que a diligência requerida em sede de defesa foi levada a efeito em sede recursal, sem qualquer prejuízo ao direito de defesa do contribuinte.

De mais a mais, a rigor do quanto determina o RPAF-BA, o simples requerimento de diligências formulado pelo sujeito passivo não obriga os membros da Junta ou da Câmara, aí entendido que a conversão do feito em diligência ou perícia é prerrogativa dos julgadores, a partir do convencimento de que há a premente necessidade de que sejam esclarecidos determinados fatos.

Pelo exposto, nego acolhimento às nulidades suscitadas.

No mérito, a tese recursal tem assento na improcedência parcial ou total do lançamento em razão do desenquadramento ilegal do sujeito passivo do regime simplificado de apuração - SIMPLES NACIONAL -, além do fato de que não teriam ocorrido abatimentos dos valores pagos no dito regime simplificado.

Pois bem, em que pese o esforço empreendido pela Recorrente, vê-se que razão não lhe assiste. Em verdade, a tese de que seriam nulos os editais de Exclusão do sujeito passivo do Regime do Simples Nacional nº 01/2007 e 02/2007, não pode ser acolhida, pois, amparados na legislação de regência, promoveram a exclusão da Recorrente do Simples Nacional em razão de ter seu faturamento ultrapassado o limite legal que lhe enquadraria nesse regime especial de pagamento dos tributos, sendo certo que houve a necessária publicidade do ato de exclusão, inclusive com

registro no Portal do Simples Nacional da Receita Federal do Brasil.

Quanto à amplitude do ato de exclusão, vejo que os dois editais referidos acima cuidaram de abranger o período objeto da fiscalização, nada se podendo dizer sobre qualquer ilegalidade neste aspecto.

Ou seja, os editais são atos administrativos perfeitos e amparados pela legislação própria, o Contribuinte teve perfeito conhecimento dos ditos editais e dos seus efeitos, além de não haver período de fiscalização não alcançado pelos efeitos da exclusão do sujeito passivo do regime simplificado de tributação.

Quanto à tese de que a exclusão do Simples Nacional estaria maculada pelo fato de que a receita bruta do Contribuinte não teria alcançado o limite legal, os números levantados pelo Autuante nos papéis que instruem a acusação fiscal e em sede de Informação Fiscal, em verdade, dão conta de que houve Receita Bruta superior ao limite legal, fato que fundamenta, de maneira indiscutível, a exclusão do sujeito passivo do Simples Nacional.

No entanto, considerando que na relação de DAEs do contribuinte relativa ao ano de 2007 é possível constatar o recebimento de ICMS no valor de R\$7.778,83, relativo ao mês de julho, apontado em seu recurso, do qual devo reduzir esse recebimento do montante exigido relativo ao período respectivo e, de ofício, cabe também abater o valor de R\$4.357,67 da exigência relativa ao mês de setembro do mesmo ano, pois, da mesma forma, resta constatado o seu recolhimento. Assim, o valor remanescente da infração 1, fica o montante de R\$32.789,42.

Para o pedido de revisão fiscal por estranho ao feito, denego, pois, os elementos já jungidos aos autos proporcionam a plena formação de convencimento por parte deste julgador.

Nesses termos, o voto é no sentido de dar PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário para modificar a decisão proferida pela Junta de Julgamento Fiscal. Portanto, o valor do Auto de Infração é de R\$41.676,79.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206878.0023/09-9**, lavrado contra **D&W COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$41.676,79**, acrescido das multas de 50% sobre R\$32.789,42, 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, 14 de novembro de 2018.

MAURICIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS