

**A. I. N°** - 117227.0001/14-9  
**AUTUADO** - P. A. L. DE OLIVEIRA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES - EIRELI EPP.  
**AUTUANTE** - ROQUE PEREIRA DA SILVA  
**ORIGEM** - INFAZ VAREJO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET – 03/06/2019

### **3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF N° 0108-03/19**

**EMENTA:** ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. **a)** OPERAÇÕES ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS. DESENCONTRO ENTRE O IMPOSTO RECOLHIDO E O ESCRITURADO. Contribuinte à época dos fatos geradores foi desenquadrado do Regime do Simples Nacional, de forma irregular nos termos do Parecer Jurídico da PGE/PROFIS n° 2017/281086-0. Dessa forma, o contribuinte não poderia ter sido autuado como contribuinte do regime Normal de apuração. Infrações Nulas. 2. VENDAS ATRAVÉS DE CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O sujeito passivo reconheceu a irregularidade cometida. Infração mantida. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. RECOLHIMENTO INTEMPESTIVO. MULTA. Fato reconhecido pelo Autuado. Infração Mantida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, lavrado em 31/03/2014, exige crédito tributário no valor de R\$288.380,92, em razão das seguintes irregularidades:

1 - 02.01.01 - deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de janeiro a março, junho, outubro e dezembro de 2010, dezembro de 2011, fevereiro, julho de 2012, no valor de R\$36.440,21, acrescido das multas de 50% e 60%;

2 - 05.08.01 - omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior, ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, nos meses de janeiro de 2009 a junho de 2010, no valor de R\$131.499,33, acrescido das multas de 70% e 100%;

3 - 01.02.61 - utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisições de mercadorias junto a microempresas, empresa de pequeno porte e ambulante, nos meses de fevereiro, março, maio, junho e agosto de 2009, maio, setembro, outubro a dezembro de 2010, fevereiro, março, maio, junho, agosto a dezembro de 2011, março a julho, setembro a dezembro de 2012, no valor de R\$11.540,40 acrescido da multa de 60%;

4 - 07.15.05 - multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação parcial, relativo a mercadoria provenientes de outras Unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de janeiro a dezembro de 2009, abril de 2010 a dezembro de 2012, no valor de R\$ 22.755,17;

5 - 03.01.01 - recolheu a menos ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, nos meses de agosto, outubro a dezembro de 2012 no valor de R\$86.145,81 acrescido da multa de 60%.

O autuado impugna o lançamento fls.319/329. Registra a tempestividade da defesa. Repete as infrações que lhe foram imputadas. Diz que a autuação em testilha não pode prosperar. Primeiro, porque o Autuante refez a conta corrente do ICMS, porém sem demonstrar como determinou a base de cálculo do tributo indicada na autuação. Assim, por impossibilidade de conhecer o critério, fica prejudicada a defesa, fato este que implica, na forma do RPAF/BA, nulidade da autuação.

Segundo, porque era optante pelo SIMPLES NACIONAL, durante o período autuado, motivo pelo qual, não poderia ser tributada pelo regime normal de apuração. Afirma que, ainda que ultrapassada esta argumentação, percebe-se que o Autuante, ao elaborar a sua planilha, além de considerar períodos já trágados pela decadência, deixou de considerar adequadamente os créditos decorrentes de antecipação parcial, bem como, os recolhimentos feitos ao Erário Estadual por meio do SIMPLES NACIONAL no período. Sobre as infrações 01 e 05, diz que tanto na leitura do Auto de Infração, quanto na leitura do demonstrativo de cálculo de ICMS, percebe-se que o Autuante em momento algum, aponta como determinou a base de cálculo utilizada para apurar o tributo supostamente devido, bem como, de onde retirou os valores dos créditos de que se valeu para calcular o montante devido.

Pergunta de onde foram retirados os valores que constam nas planilhas, quais foram as notas fiscais utilizadas e qual foi a natureza das operações. Afirma que nenhuma dessas respostas pode ser obtida pela leitura da autuação, o que a impede de exercer o seu direito de defesa. Alega que a autuação se resume em apontar números de base de cálculo e alíquota, sem sequer apontar como apurou aqueles montantes. Entende que dessa forma, deve a autuação ser julgada nula, uma vez que o ato administrativo de lançamento obstaculizou claramente, o exercício do direito à ampla defesa, na forma do art. 18 do RPAF/99.

Salienta que, mesmo sem saber como o Autuante apurou o ICMS exigido pelo Auto de Infração, provará ser, no mérito, improcedente a autuação. Diz que o exercício deste contraditório, porém, de forma alguma, sana o vício de nulidade apontada. Afirma que em homenagem ao princípio da eventualidade, vem apresentar os argumentos meritórios capazes de tornar improcedente a autuação. Assevera ter sido optante do SIMPLES NACIONAL durante o período autuado, vez que jamais foi notificada de qualquer desenquadramento do regime simplificado em comento. Afirma que sem ter sido notificada regularmente da sua exclusão do SIMPLES NACIONAL, é totalmente improcedente o Auto de Infração.

Registra erro por parte do Autuante, na medida em que apenas apurou o ICMS nas competências em que houve saldo de imposto a pagar. Ignorou, contudo, as competências em que tais valores eram menores do que zero (negativos, ou seja, créditos a que o contribuinte faria jus, para compensação no período subsequente). Aponta que este procedimento pode ser visto na planilha juntada pelo próprio Fiscal, intitulada “Planilha Comparativa entre o imposto apurado e o declarado”. Alega que neste documento há a listagem de todas as competências autuadas, de janeiro de 2009 a dezembro de 2012, ou seja, 48 competências e em 14 dessas competências o Fisco encontrou tributo a recolher. Em três destas competências houve igualdade entre o quanto apurado e o quanto declarado.

Explica que são exemplos disso as competências de junho de 2009 (em que o Fisco apurou R\$2.939,84 e a Impugnante declarou R\$6.415,58, resultando em favor da Contribuinte de R\$ 3.475,74); e a competência de março de 2012 (em que o Fisco apurou R\$5.535,39 e a Impugnante declarou R\$10.626,93, resultando a favor da Contribuinte de R\$ 5.091,54).

Aduz que em que pese tal fato, ao invés de apurar os créditos e débitos de todos os meses, de forma a exigir o ICMS devido após as devidas compensações, o Autuante somente cobrou o mês em que houve tributo “a pagar”, ignorando as competências em que houve tributo “a restituir”.

Conclui que o não creditamento dos valores referentes a estas competências majorou indevidamente o *quantum* lançado, sendo necessária a realização de diligência fiscal, a fim de que se promova a correta apuração do ICMS e, conclua-se pela procedência parcial da autuação.

Aduz que não suficiente o erro de apuração decorrente da não apropriação dos créditos que faz jus, percebe-se também, que o Autuante não abateu as parcelas do ICMS pagas através do regime do SIMPLES NACIONAL. Afirma que através dos extratos em anexo (juntados em CD-ROM - **Erro! Fonte de referência não encontrada.**), verifica-se a comprovação dos valores recolhidos ao Erário a título de ICMS tanto pelo regime do SIMPLES NACIONAL (código 0709) como através da apuração antecipada (códigos 2175 e 2183). Informa que somando apenas os recolhimentos a título de SIMPLES há mais de R\$192.026,86. Os recolhimentos a título de antecipação, por sua vez, somam R\$75.064,64, totalizando, pois, R\$ 267.091,50, o que é mais que suficiente para elidir a cobrança feita pelo Fisco. Conclui que por mais esse motivo a autuação é improcedente.

A respeito da infração 02, diz que através da Lei Complementar 105/2001 disciplinou-se a relação entre o Fisco e as instituições financeiras, como modo de possibilitar ao ente estatal a apuração de ilícitos tributários e os consequentes danos ao Erário. Tendo em vista a necessidade de também proteger o direito ao sigilo fiscal ínsito ao Direito pátrio, a referida norma estabeleceu, condições, para que a troca de informações entre o Estado e as instituições financeiras não ultrapassasse o limite do razoável. Sobre o tema transcreve o art. 6º da referida norma. Afirma que pela leitura do dispositivo em questão, as Autoridades Fazendárias, inclusive o Autuante, somente poderiam examinar os registros de instituições financeiras se houvesse processo administrativo instaurado. Prossegue afirmando que se o pedido de informações se deu, antes da instauração do procedimento fiscal, houve inequívoca afronta ao dispositivo de lei, especificamente o art. 6º da LC 105/2001, daí porque a autuação é nula de pleno direito. Sobre a matéria transcreve jurisprudência.

No que tange à infração 03, aduz que a autuação entendeu por bem efetuar a cobrança do crédito de ICMS utilizado quando da compra efetuada junto a micro empresas e empresas de pequeno porte optantes do SIMPLES NACIONAL. Afirma que este crédito nas compras a tais estabelecimentos é devido, estando inclusive, mencionado na planilha ora anexada **Erro! Fonte de referência não encontrada.**, daí porque a autuação é improcedente.

No que diz respeito a infração 04, observa que por ser uma Empresa de Pequeno Porte - EPP, faz jus a redução de 20% sobre a antecipação parcial (art. 274 e 275 do RICMS 2012 ou §§ 5º e 6º do art. 352A do RICMS 1997). Tal benefício não foi levado a cabo pelo Fisco, conforme se lê das planilhas anexadas. Conclui que deve ser refeita a planilha contemplando o benefício e apropriando-se os valores efetivamente recolhidos, o que de logo requer.

Relativamente a Infração 05, afirma que busca o Fisco exigir o pagamento de multa de 60% sobre a diferença entre o tributo efetivamente devido e aquele declarado pela Contribuinte. Ocorre, que para as competências em testilha, não houve a declaração de tributo algum, daí porque, por lógica, não pode ser aplicada a previsão do art. 42, II, “b” da Lei 7.014/06. Entende haver atipicidade entre a previsão legal e o fato concreto, na medida em que o núcleo da pena imposta pelo mencionado artigo é o desencontro entre o imposto recolhido e o escriturado.

Afirma que não foi recolhido imposto algum no período de 08/2012 a 12/2012 (tanto assim, aliás, que nada se apurou relativamente a este período na infração 01). Tampouco houve a escrituração de tributo neste interregno, merecendo atenção novamente a “planilha comparativa entre o imposto apurado e o declarado”, em que o próprio Fisco reconhece que nos meses de 08/2012 a 12/2012 não se escriturou/declarou-se imposto algum. Entende que, em razão da atipicidade da conduta, é esta infração totalmente improcedente.

Requer o provimento, através da declaração da nulidade da autuação. Acaso seja ultrapassado tal pedido, pugna, sucessivamente, pelo reconhecimento e declaração da improcedência do Auto de Infração. Requer, também, que seja promovida diligência fiscal, a fim de comprovar o quanto afirmado na presente peça.

Protesta, ainda, por todos os meios de prova em direito admitidos, indicando, de logo, juntada posterior de documentos e demonstrativos, pareceres, decisões dos Tribunais Administrativos e Judiciais, inclusive em contra prova, diligências, exames, vistorias e revisão do lançamento.

O autuante prestou informação fiscal fls.336/339. Esclarece que o Auto de Infração foi lavrado em estrito cumprimento à legislação, e à Ordem de Serviço 510525/13, sem vícios formais e sem ferir a Lei, nem o Regulamento pertinente ao ICMS e nem ao Processo Administrativo Fiscal. Repete as infrações imputadas ao autuado. Sintetiza os termos defensivos.

Explica que o contribuinte foi fiscalizado e sendo apurado que se tratava de empresa do Regime Normal de Apuração, não faria jus à tributação pelo Regime do Simples Nacional. Afirma que conforme consta no Sistema da SEFAZ, nunca pertenceu ao regime ao Simples Nacional, conforme consta no verso do documento “Dados Cadastrais”, anexo.

Informa que o valor do imposto, relativo à infração 01, foi cobrado mediante utilização da metodologia de apurar mês a mês os débitos relativos às Saídas de mercadorias, adicionados a outros débitos (menos) os créditos relativos às Entradas de mercadorias, adicionados a outros créditos, apurando-se o valor do Imposto devido em cada mês, tudo conforme os livros fiscais da empresa (p. 116-312) do PAF.

Quanto à Infração 02, diz tratar-se de diferenças apuradas entre os valores relativos a vendas informadas pelas Administradoras de cartão e os apurados em vendas mediante emissão de notas fiscais e Reduções “Z”. Informa que os valores apurados estão devidamente demonstrados nas planilhas anexas (P. 33-38).

Relativamente à Infração 03, afirma tratar-se de créditos de ICMS indevidamente utilizados pela empresa, na apuração do seu imposto, conforme apurado, planilhas anexas (p. 39 a 66). Esclarece que a empresa deixou de recolher antecipação parcial relativamente às aquisições de mercadorias originárias de outras unidades da Federação, conforme está previsto na legislação. Assim, foi aplicada a multa de 60% do valor do Imposto que deveria ter sido recolhido. É o que consta da Infração 04, conforme demonstrativos constantes no PAF (P. 67-115).

No que pertine à infração 05, afirma tratar-se de diferença entre os valores apurados nos livros da empresa e o recolhido. Destaca que o contribuinte ao apresentar sua defesa não apresentou dados ou informações, planilhas ou outros elementos que comprovem a inexistência da obrigação da dívida tributária. Limitou-se, apenas, a requerer a “nulidade da autuação” ou a “total improcedência”, sem, entretanto, demonstrar elementos probantes da imputabilidade tributária. Conclui que os pedidos do contribuinte carecem de apoio legal e, dessa forma, opina pela manutenção total do Auto de Infração em lide.

Visando sanear incorreções constatadas em fase de instrução, em pauta suplementar a 3ª JJF decidiu pela conversão do PAF em diligência fls.348/349, à INFAZ DE ORIGEM, para que o Auditor Fiscal tomasse as seguintes providências:

a) sobre as **infrações 01 e 05**, considerando que nos autos consta que a empresa seria enquadrada no regime Normal de apuração e no Sistema INC da SEFAZ, que estaria enquadrado no regime do SIMPLES NACIONAL, apurar e esclarecer a real condição de enquadramento do autuado. Sendo do regime Normal, apensar cópia do livro Registro de Apuração do ICMS referente a todos os meses onde se apurou irregularidades e dos livros Entradas e Saídas. Caso tenha feito o Conta Corrente do autuado, esclarecer sobre a origem dos valores levantados para apurar o ICMS devido e considerar todos os valores recolhidos pelo contribuinte a título de Simples Nacional, devendo ainda, na ocorrência de saldo credor mensal, transferir este crédito, para o período subsequente.

b) a respeito da **infração 02**, se o contribuinte não for optante do Simples Nacional, juntar ao PAF o Relatório TEF Diário das informações das administradoras de cartões de crédito, disponibilizando cópia do mesmo, ao autuado;

c) relativamente a **infração 03**, esclarecer as questões suscitadas a respeito das alíquotas que foram aplicadas pelo autuado quando da utilização dos créditos fiscais e juntar ao PAF cópia dos documentos fiscais ou comprovação de que as referidas notas foram emitidas por microempresas, disponibilizando cópia ao autuado;

d) no que tange à **infração 04**, apreciar as alegações do autuado de que faz jus a redução de 20% sobre a antecipação parcial (art.274 e 275 do RICMS/2012 ou § 5º e 6º do art. 352-A do RICMS/97) desconsideradas na apuração do imposto devido e juntar, ainda que por amostragem, cópias de notas fiscais que evidencie o direito do autuado ao benefício da redução;

e) nos casos necessários, que elaborasse novo demonstrativo de débito.

Em seguida, a Repartição Fazendária intimasse o autuado, entregando-lhe mediante recibo específico, cópia reprográfica de todos os elementos juntados aos autos, com REABERTURA DO PRAZO DE DEFESA, para que se manifestasse nos autos.

Consta às fls. 384/506, processo administrativo, em que o procurador da empresa requer intervenção da Procuradoria Fiscal do Estado da Bahia, para controle da legalidade, objetivando a suspensão temporária das execuções fiscais, e no curso da suspensão fosse determinada e efetuada perícia contábil conjunta, em todos os feitos para apresentação de laudo a ser produzido pelos técnicos, na auditoria do fisco estadual e das empresas contribuintes, demonstrando o valor realmente devido, para efetivação do pagamento através de parcelamento do débito fiscal.

Às fls.510/515 consta informação fiscal sobre a diligência, informando que a empresa foi devidamente intimada, oportunidade em que foram requeridos os documentos fiscais necessários, mas não apresentou a documentação solicitada. Presta esclarecimentos concluindo pela manutenção integral da autuação, visto a não apresentação de documentos pelo autuado.

O impugnante volta a se manifestar fls. 517/525. Afirma que tendo em vista a comprovação, através de Parecer Administrativo Normativo, emitido pela PGE/PROFIS, da ilegal e irregular exclusão da empresa do Simples Nacional, para fins de apuração do ICMS, requer a extinção do Processo Administrativo Fiscal, ora discutido.

Sobre sua exclusão do Simples Nacional, volta a citar o art. 108 do RPAF/99, que determina a intimação do sujeito passivo ou de pessoa interessada, acerca de qualquer ato, fato ou exigência fiscal, quando não for prevista outra forma na legislação, deverá ser feita pessoal, via postal ou por meio eletrônico, independentemente de ordem. Registra o § 1º do citado dispositivo, que estabelece que a intimação possa ser feita por edital publicado no DOE, quando não obtiver êxito a tentativa via postal.

Conclui que sua exclusão do Simples Nacional, para o ICMS, está atingida por nulidade plena. Afirma que inconformada com a ilegalidade cometida pela SEFAZ/BAHIA apresentou Requerimento de Controle de Legalidade nº PGE/2017281086-0, que após os devidos trâmites legais, corroborou no proferimento do Parecer PGE/PROFIS de 01/09/2017, no qual se verifica a confirmação da total irregularidade e consequente nulidade do ato de exclusão da empresa ora defendente, do Simples Nacional, para apuração do ICMS, por edital.

Entende que a nulidade da exclusão da empresa do Simples Nacional, torna sem eficácia os débitos do auto de infração referentes ao exercício em que a empresa estava sendo qualificada como contribuinte normal, como é o caso do presente processo fiscal.

Requer que no mérito, seja extinto o presente PAF dada a nulidade que dá base ao efeito executivo, no que tange sua exclusão do Simples Nacional, reconhecida de forma categórica pela PGE/PROFIS do estado da Bahia. Por fim, requer a juntada do mencionado Parecer Normativo em sua inteireza, para que o mesmo surta seus efeitos jurídicos legais.

Às fls. 530/534 consta Parecer PGE/PROFIS nº 2017.281086-0, cuja conclusão a respeito da matéria aqui tratada, se dá nos seguintes termos: ... *De todo o exposto, sendo reconhecido ao Estado o poder-dever de anular seus próprios atos, quando eivados de ilegalidade (princípio de autotutela administrativa, consagrado na Súmula 473 do STF) é de se proclamar, no caso em análise, a nulidade das intimações das empresas do Grupo Trampolim acerca de sua exclusão do Simples Nacional, porque efetuadas direta e exclusivamente por edital.*

Às fls. 537 a 633 foram apensadas cópias da informação fiscal, manifestação do advogado e Parecer da PROFIS, já constantes do presente PAF.

O auditor fiscal presta nova informação fiscal fls. 634/640. Informa que todos os argumentos demandados no presente PAF foram devidamente combatidos na informação fiscal inicial. Diz que a autuação possui como suporte fático os débitos declarados espontaneamente pelo contribuinte por intermédio de denúncia espontânea, com ajustes regulares em suas DMAs. Afirma que o próprio autuado se declarou como empresa enquadrada no Regime Normal de Apuração e pediu parcelamento de débito por ter inadimplido com suas obrigações tributárias.

Entende que o Parecer da PGE PROFIS do Estado da Bahia não é suficiente para dirimir quaisquer dúvidas, como quer o Autuado.

Sustenta combater o citado Parecer por meio da informação fiscal, visto que não atende ao objetivo da Lei Orgânica da Própria Procuradoria Geral do Estado da Bahia. Chama a atenção dos Julgadores, de que o citado Parecer pode contribuir, induzir e gerar confusão de interpretação, por desviar o foco, dando a impressão de que a cobrança não deve prosperar, em função da pretendida nulidade da notificação por edital.

Frisa que o fato é outro. Pois a cobrança decorre de fiscalização regular e a cobrança resulta de denúncia espontânea, de parcelamento de débitos e de fiscalização regular, apurada mediante livros entregues pelo contribuinte ao fisco. Transcreve trecho do multicitado Parecer em que a procurado do Estado confirma que o reconhecimento da invalidade da intimação do contribuinte produz, como consequência direta, a nulidade de lançamento de ofício que possam ter por fundamento sua exclusão do regime do Simples Nacional. Isto porque, a decisão de exclusão só passa a produzir efeitos após seu registro no Portal do Simples Nacional, ato que demanda da prévia e regular intimação do contribuinte para se defender. Diversa, todavia, é a situação das denúncias espontâneas, porque apresentadas pelo contribuinte voluntariamente, sem a intervenção de qualquer autoridade fiscal.

Observa que contradita, tanto ao Parecer exarado pela ilustre Procuradora e o seu acolhimento pelo Procurador Chefe, quanto ao petitório do contribuinte, uma vez que a empresa foi desenquadrada pelo fato do grupo empresarial ultrapassar o limite de faturamento e outros fatos apurados pela INFIP, tomando o devido conhecimento de sua exclusão.

Tanto é assim, que reconheceu sua condição de Contribuinte Normal e, espontaneamente, fez retificações das DMAs confessando dívidas e requereu o parcelamento de débitos.

Ressalta ser o contribuinte réu confesso e quer apenas procrastinar o pagamento de seu débito, ou então confundir o CONSEF e ou outras instâncias de decisão, tentando eximir-se de recolher os tributos que sabe ser devedora.

Requer que o presente PAF seja apensado e integrado ao PAF 117227.0001/14-5 e que seja o Autuado intimado para tomar ciência do feito, a fim de que se produzam todos os efeitos jurídicos e legais.

O Autuado tomou ciência da informação fiscal fls. 642/642 e permaneceu silente.

Consta às fls. 646/650, extrato do SIGAT/SICRED, com recolhimento dos valores reconhecidos pelo autuado.

## VOTO

No presente lançamento, está sendo exigido crédito tributário em decorrência de 05 (cinco) infrações devidamente relatadas na inicial.

O defendente reconheceu o cometimento das infrações 02 e 04, realizando o respectivo recolhimento, conforme extrato do SIGAT/SICRED fls. 646/650, que declaro subsistentes, considerando que a respeito destes itens do Auto de infração, não existe lide a ser julgada.

No mérito, a infração 01 trata da falta de recolhimento do ICMS, nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios.

A infração 03 refere-se à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a aquisições de mercadorias junto a microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes.

Por sua vez, a infração 05 trata de recolhimento a menos de ICMS, em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS.

Observo que estas infrações foram apuradas atribuindo-se ao Autuado, a condição de contribuinte do regime normal de apuração do ICMS. Ou seja, os valores foram exigidos com base nos livros fiscais e Declarações Econômico-fiscais / DMA, realizadas pelo defendente.

O Autuado, nas razões defensivas, entre outros argumentos, alegou a nulidade do Auto de Infração, tendo em vista que à época dos fatos geradores aqui discutidos, era optante pelo SIMPLES NACIONAL, e que jamais foi notificado de qualquer desenquadramento do regime simplificado em comento. Afirmou que sem ter sido notificado regularmente da sua exclusão do SIMPLES NACIONAL, é totalmente improcedente o Auto de Infração, posto que não poderia ser tributado pelo regime normal de apuração.

Analisando os elementos que fazem parte do presente PAF, verifico que a Autuada, P.A.L. Oliveira Comércio de Confeções Eirelli, compõe um grupo de empresas estabelecido neste Estado (Grupo Trampolim). Em operação realizada pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, se constatou que estas empresas estariam enquadradas indevidamente no Regime do Simples Nacional, em razão do seu faturamento ultrapassar o limite legal. Como consequência, a ciência aos interessados, do desenquadramento destas sociedades empresariais do citado regime de apuração do ICMS, se deu de ofício, via Diário Oficial do Estado da Bahia – D.O.E.

Conforme consta às fls. 384/506, em processo administrativo, o procurador da empresa requereu intervenção da Procuradoria Fiscal do Estado da Bahia, para controle da legalidade, objetivando manifestação sobre a nulidade de seu desenquadramento do Regime do Simples Nacional, considerando que a forma como foi intimado, via edital do D.O.E., teria sido inválida.

Verifico que em resposta ao questionamento do Autuado, às fls. 530/534, consta Parecer PGE/PROFIS nº 2017.281086-0, cuja conclusão a respeito da matéria aqui tratada, se dá nos seguintes termos: *... De todo o exposto, sendo reconhecido ao Estado o poder-dever de anular seus próprios atos, quando eivados de ilegalidade (princípio de autotutela administrativa, consagrado na Súmula 473 do STF) é de se proclamar, no caso em análise, a nulidade das intimações das empresas do Grupo Trampolim acerca de sua exclusão do Simples Nacional, porque efetuadas direta e exclusivamente por edital.*

Vale registrar, que em sede de informação fiscal, o Autuante frisou que o lançamento de ofício aqui discutido, foi realizado com base em denúncias espontâneas, apresentadas voluntariamente pelo Autuado, sem a intervenção de qualquer autoridade fiscal. Apresentou entendimento, que a nulidade da intimação para seu desenquadramento do Simples Nacional, não teria o condão de invalidar a confissão de dívida contida nas denúncias espontâneas feitas pelo Autuado.

Observo na matéria em discussão, no que tange à exclusão do contribuinte do Simples Nacional, que assim estabelece os art. 28 e 30 da Lei complementar 123/2006, *in verbis*:

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

*Art. 30. A exclusão do Simples Nacional, mediante comunicação das microempresas ou das empresas de pequeno porte, dar-se-á:*

*I - por opção;*

Nesta toada, saliento que caso o defendente tenha requerido parcelamento de débitos junto a Fazenda Pública Estadual, enviado DMA – Declaração e Apuração do ICMS Mensal ao banco de dados da SEFAZ e escriturado livros fiscais, como afirmou o Autuante, equivaleria de fato, à confissão de dívida. O defendente teria realizado ações inerentes ao contribuinte do regime normal de Apuração, e se enquadraria perfeitamente, no inciso I, do art. 30 da Lei Complementar 123/2006. Em outras palavras, sabendo que o seu faturamento ultrapassou aos limites impostos pela citada Lei, como requisito para se enquadrar no multicitado Regime, o Autuado se antecipou e espontaneamente, realizou a denúncia confessando a dívida.

No entanto, da análise dos elementos que compõem o presente PAF, constato não ter sido trazida aos autos, qualquer prova de que o defendente realizou denúncia espontânea junto a SEFAZ.

O Regime Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, se constitui em um regime diferenciado de apuração de ICMS, estando sujeito às regras dispostas na Lei Complementar nº 123/06.

Dessa forma, a Lei Complementar nº 123/2006 prevê que sobre a receita bruta auferida no mês, incidirá a alíquota determinada na forma do caput e dos §§ 1º e 2º do artigo 18. Há previsão na lei referida, que a microempresa ou empresa de pequeno porte, optante pelo Simples Nacional, deverá apresentar anualmente à Secretaria da Receita Federal do Brasil, declaração única e simplificada de informações socioeconômicas e fiscais, que deverá ser disponibilizada aos órgãos de fiscalização tributária e previdenciária, observados prazo e modelo aprovados pelo Comitê Gestor do Simples Nacional – CGSN.

Nessa esteira, existe uma legislação específica para apuração e recolhimento do imposto devido, que incide sobre o faturamento dessas empresas optantes, com alíquotas descritas no Anexo da referida Lei.

Assim, considerando os precedentes deste CONSEF no julgamento de igual matéria nos Autos de Infração lavrados contra outras empresas do Grupo, cuja Autuada faz parte, a exemplo de JJF nº 0122-01/18, CJF 0087-11/18; considerando ainda, as conclusões esposadas no Parecer PGE/PROFIS nº 2017.281086-0, que acolho e tomo por base para a decisão deste voto, declaro nulas as infrações 01, 03 e 05, considerando que foram levantadas aplicando-se o regime normal de apuração (conta corrente fiscal), regime ao qual, por força da nulidade do ato que o desenquadrava do regime diferenciado do Simples Nacional, o defendente não estava submetido.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores recolhidos.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **117227.0001/14-9**, lavrado contra **P.A.L. DE OLIVEIRA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES EIRELI - EPP**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$131.499,33**, acrescido das multas de 70% sobre R\$104.477,76, e 100% sobre R\$27.021,57, previstas no inciso III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa pelo descumprimento de obrigação acessória, no valor de **R\$22.755,17**, prevista no inciso II, alínea “d”, do artigo 42 do citado diploma legal, e dos acréscimos moratórios previstos pela Lei 9.837/05, devendo ser homologados os valores recolhidos.



Esta Junta de julgamento Fiscal, 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 18.558, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de maio de 2019.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR