

A.I. Nº - 203459.0001/14-6
AUTUADO - A S A DE OLIVEIRA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES – EIRELI - EPP
AUTUANTE - RICARDO FRANÇA PESSOA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 10.04.2015

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº .0050-04/15

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. REFAZIMENTO DA CONTA CORRENTE FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Efetuadas correções no cálculo do imposto devido mediante diligência. Infração parcialmente caracterizada. Afastadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 26/03/2014 para exigir ICMS no valor de R\$77.881,35, acrescido de multa de 60%, imputando ao autuado a seguinte irregularidade: “Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto”.

O autuado apresenta defesa (fls. 225 a 232) e, preliminarmente, suscita a nulidade do Auto de Infração por cerceamento de defesa, sob o argumento de que o autuante não explica como determinou a base de cálculo utilizada na apuração do tributo exigido. Diz que o lançamento se resume em indicar números de base de cálculo e alíquota, sem apontar como foram apurados aqueles montantes. Sustenta que lhe foi cerceado o direito de defesa e, em consequência, a autuação deve ser julgada nula, nos termos do art. 18, inc. II, do RPAF/99 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia, aprovado pelo Dec. 7.629/99).

No mérito, afirma que a autuação é improcedente, conforme a argumentação que passa a expor.

Menciona que não é possível se tributar pelo regime Normal um contribuinte optante pelo Simples Nacional. Sustenta que estava enquadrado no Simples Nacional durante todo o período autuado, sem que tenha sido notificado de qualquer desenquadramento desse citado regime. Destaca que sem ter sido notificado regularmente da sua exclusão do Simples Nacional, é improcedente o Auto de Infração que lhe está a exigir recolhimento de ICMS pelo regime Normal.

Argumenta que existe erro na determinação do tributo lançado, pois não foi abatido o ICMS pago pelo regime do Simples Nacional. Apresenta a planilha de fls. 233 e 234, na qual refez os cálculos elaborados pela fiscalização, indicando e abatendo os créditos que deveriam ter sido deduzidos no tributo cobrado o Auto de Infração. Frisa que, ao repetir valores apontados pela fiscalização, não está, porém, concordando com todos eles. Menciona que há claras divergências entre a apuração trazida na defesa e elaborada pelo autuante e, como exemplos cita os seguintes equívocos relativamente ao exercício de 2009: a) no mês de janeiro, não foi considerado o pagamento do ICMS-Simples Nacional no valor de R\$582,00; b) nos meses de maio e dezembro, o pagamento do ICMS-Simples Nacional foi de, respectivamente, R\$2.889,74 e R\$5.186,03, ao passo que foram aproveitados os montantes de R\$1.637,94 e R\$351,23.

Afirma que a metodologia empregada pelo autuante está equivocada, pois não houve a correta apropriação de todos os créditos de ICMS, tendo sido desconsiderados os saldos credores em favor do autuado. Explica que o autuante apenas apurou o ICMS nos meses em que houve imposto a pagar, ignorando os meses em que tais valores em favoráveis ao fiscalizado, tudo

conforme a planilha que anexou aos autos. Aduz que, nos 48 meses fiscalizados, o autuante ignorou 35 meses em que houve saldo a favor do impugnante.

Ao finalizar, solicita que seja decretada a nulidade do Auto de Infração ou, caso ultrapassada a preliminar, que seja julgado procedente em parte. Também requer a realização de diligência a fim de comprovar a veracidade de suas alegações.

O autuante presta a informação fiscal, fls. 241 e 242, na qual afirma que a determinação da base de cálculo e de todos os valores que deram suporte à autuação constam nos demonstrativos anexados ao processo (fls. 3 e 4), os quais foram elaborados com base nos livros e documentos fiscais do defendente. Diz que os valores constantes na planilha de fls. 4 são os mesmos que foram lançados nos livros, cuja fotocópia está anexada às fls. 5 a 213. Frisa que os dados constantes nos livros fiscais foram validados pela fiscalização com base nos documentos fornecidos pelo autuado.

Afirma que foram considerados os créditos de antecipação parcial efetivamente pagos pelo defendente, conforme se pode ver às fls. 214 a 219.

Nega que tenha deixado de considerar valores recolhidos pelo regime do Simples Nacional. Diz que, na planilha de fl. 4, na coluna “Simples”, *constam esses valores que foram abatidos da coluna “Débito”, cujo resultado consta na coluna “Devido”, que abatidos dos valores da coluna “Declarado” resultam no imposto lançado pela fiscalização.* Explica que os valores lançados na coluna “Declarado” foram objeto de denúncia espontânea.

Assevera que na defesa não restou demonstrada a alegada falta de consideração de créditos a mais, uma vez que o defendente utiliza valores com os quais não concorda e coloca os que diz estarem errados, sem os identificar.

Após apreciação em pauta suplementar, decidiu a 4ª JF converter o processo em diligência à INFRAZ VAREJO, para que: a) fosse acostada aos autos prova de que o autuado, no período objeto em tela, não estava sujeito ao regime do Simples Nacional; b) a planilha de fl. 4 fosse refeita, incluindo os meses omitidos; c) no refazimento da conta corrente fiscal fossem observadas as determinações do Roteiro de Auditoria Fiscal AUDIF-201, especialmente a transferência de saldos credores de um mês para outro, bem como a indicação do saldo inicial do período; d) fosse indicado separadamente os valores atinentes ao recolhimento de antecipação parcial e ao pagamento do Simples Nacional, deduzindo-os do ICMS devido.

A diligência foi cumprida conforme fls. 250 e 251, tendo o autuante anexado ao processo (fls. 254 e 255) a comprovação de que o autuado foi excluído do regime do Simples Nacional, mediante edital publicado no Diário Oficial do Estado da Bahia em 3 de maio de 2012.

Afirma que anexou aos autos, fls. 252 e 253, uma planilha na qual foram incluídos os meses que tinham sido omitidos, foram considerados os saldos credores, transportando-os para os meses seguintes, foram indicando separadamente todos os pagamentos, inclusive antecipação parcial e pagamentos do Simples Nacional, deduzindo-os dos valores do ICMS devido.

Segundo essa planilha, remanesce ICMS a recolher no total de R\$16.643,41, sendo: R\$1.116,15, no mês de dezembro de 2008; R\$172,91, em janeiro de 2009; e R\$15.354,35, em dezembro de 2012.

Ao se pronunciar acerca do resultado da diligência, fls. 261 e 263, o autuado ressalta a diferença entre o valor originalmente exigido no Auto de Infração (R\$77.371,35) e o remanescente após a diligência (R\$16.643,41).

Salienta que a diligência inovou a autuação, pois incluiu no período fiscalizado o mês de dezembro de 2008, que originalmente não constava na autuação.

Argumenta que não foi corrigido o vício de nulidade da autuação em decorrência da falta de demonstração da base de cálculo do imposto lançado. Diz que esse vício nulifica o Auto de Infração, conforme decidiu este CONSEF no Acórdão JJF Nº 0219-04/14.

Sustenta que a cobrança de ICMS Normal de empresa enquadrada no Simples Nacional acarreta a nulidade do Auto de Infração. Afirma que o edital colacionado aos autos apenas confirma a nulidade do lançamento, pois a legislação exige que a intimação seja feita de modo pessoal. Frisa que a intimação unicamente por meio de edital é ilegal, na forma do RPAF/99 e da LC 123/06.

Ao finalizar, reitera os argumentos da defesa inicial, adicionando apenas a impugnação expressa da inovação trazida na diligência.

Instado a se pronunciar, o autuante afirma à fl. 270 que nada tem a acrescentar, uma vez que o defendente não trouxe argumento capaz de alterar os termos da diligência de fl. 250.

VOTO

Conforme já relatado, o Auto de Infração trata de recolhimento a menos de ICMS em decorrência de o autuado ter apurado o ICMS com base no regime do Simples Nacional, quando, segundo o autuante, estava o contribuinte enquadrado no regime Normal de apuração do imposto.

Preliminarmente, foi suscitada a nulidade do Auto de Infração, por cerceamento de defesa, sob o argumento de que o autuante não teria explicado como determinou a base de cálculo do imposto.

Afasto essa preliminar, pois a planilha de fl. 4 demonstra, de forma clara, a apuração do imposto, constando nessa planilha que os valores ali consignados têm como base a documentação fiscal apresentada pelo autuado à fiscalização. Essa apuração do imposto está em conformidade com o fato descrito no corpo do Auto de Infração.

Também foi arguida a nulidade da autuação, sob o argumento de que a exclusão do autuado do regime do Simples Nacional é nula, pois foi efetuada mediante edital publicado no Diário Oficial do Estado, quando o art. 108 do RPAF/99 determina que a intimação seja feita de forma pessoal.

Efetivamente, ao tratar das formas de intimação dos contribuintes, o artigo 108 do RPAF/99 prevê que a intimação será feita pessoalmente, via postal ou por meio eletrônico, sendo que o §1º desse citado artigo ressalva que *a intimação poderá ser feita por edital publicado no Diário Oficial do Estado quando não obtiver êxito a tentativa via postal*.

Todavia, a validade da intimação efetuada no caso concreto deve ser analisada mediante uma interpretação sistemática do art. 108 do RPAF/99 em conjunto com o art. 4º da Resolução nº 15 do Comitê Gestor do Simples Nacional (Resolução nº 15 do CGSN) e com o art. 327 do RICMS-BA/12 (Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, aprovado pelo Dec. 13.780/12).

A Resolução nº 15 do CGSN, ao tratar da exclusão de contribuintes do citado regime, no seu art. 4º, §§ 1º e 3º, assim dispõe:

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

§ 1º Será expedido termo de exclusão do Simples Nacional pelo ente federativo que iniciar o processo de exclusão de ofício.

§ 3º Será dado ciência do termo a que se refere o § 1º à ME ou à EPP pelo ente federativo que tenha iniciado o processo de exclusão, segundo a sua respectiva legislação. (grifo nosso)

O RICMS-BA/12, ao dispor acerca da notificação dos contribuintes da exclusão de ofício do regime do Simples Nacional, no seu art. 327, assim prevê:

Art. 327. 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 e o motivo da exclusão.

A intimação do autuado acerca de sua exclusão de ofício do Simples Nacional, mediante a publicação de Edital no Diário Oficial do Estado, está correta e é válida, pois: considerando a legislação acima transcrita e o princípio da especificidade, a intimação de contribuinte acerca de exclusão de ofício do regime do Simples Nacional possui forma própria prevista no art. 327 do RICMS-BA/12 e, portanto, não se deve aplicar ao caso em análise as determinações genéricas previstas no art. 108 do RPAF99. Afasto, portanto, essa preliminar de nulidade.

No mérito, o autuado sustenta que não se pode exigir ICMS apurado pelo regime Normal, uma vez que não foi notificado do seu desenquadramento do Simples Nacional.

Esse argumento defensivo não se sustenta, pois, conforme os documentos de fls. 254 e 255, o autuado foi excluído do regime do Simples Nacional, tendo sido regularmente notificado dessa exclusão, consoante já demonstrado na apreciação das preliminares. A razão da exclusão do Simples Nacional, conforme o Termo de Exclusão de fl. 254 foi a existência de sócio com mais de 10% do capital de outra empresa, bem como o fato de ter o autuado auferido receita bruta superior à prevista na legislação. Ressalto que, quando da notificação de sua exclusão, o autuado teve o prazo regulamentar de trinta (30) dias para a impugnação dessa exclusão. Dessa forma, o momento oportuno para impugnar a citada exclusão já está precluso.

O defendente afirma que não foram considerados os meses em que o refazimento da sua conta corrente fiscal apresentava saldo credor, bem como aponta divergências quanto a valores considerados em determinados meses.

Visando a busca da verdade material, o processo foi convertido em diligência à INFAZ VAREJO, para que o autuante refizesse a apuração do imposto considerando eventuais saldos credores existentes em todos os meses abrangidos pela ação fiscal, bem como deduzidos todos os valores já recolhidos pelo autuado.

A diligência foi cumprida e a conta corrente fiscal foi refeita, tendo sido elaborado o demonstrativo de fls. 252 e 253. Segundo esse novo demonstrativo, foram apurados débitos no montante de R\$16.643,41, sendo: R\$1.116,15, em dezembro de 2008; R\$172,91, em janeiro de 2009; e R\$15.354,35, em dezembro de 2012.

Ao se pronunciar sobre o resultado da diligência, o autuado argumentou que no Auto de Infração originalmente não constava o mês de dezembro de 2008 e, portanto, a diligência inovou.

Acolho o argumento defensivo quanto ao mês de dezembro de 2008, pois esse mês não constava do Auto de Infração. Ao revisar a autuação, não pode o preposto fiscal inovar, incluindo no lançamento fatos ou períodos que não foram originalmente contemplados pela autuação.

Dessa forma, exceto quanto ao mês de dezembro de 2008, acolho o resultado da diligência realizada, uma vez que na revisão foram incluídos e transportados para os meses subsequentes os saldos credores apurados, conforme determina o Roteiro de Auditoria Fiscal AUDIF-201.

Ressalto que os recolhimentos considerados pelo autuante para os meses de janeiro, maio e dezembro de 2009 estão em conformidade com extratos de recolhimentos existentes nos controles da Secretaria da Fazenda, sendo que as divergências apontadas na defesa se devem ao fato de ter o autuante acertadamente considerado as datas dos efetivos recolhimentos, ao passo que o defendente ateu-se os meses de competência.

Em face ao acima exposto, a infração imputada ao autuado subsiste parcialmente, no valor de R\$ 15.527,26, sendo: R\$172,91, em janeiro de 2009; e R\$15.354,35, em dezembro de 2012.

Voto, portanto, pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **203459.0001/14-6**, lavrado contra **A S A DE OLIVEIRA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES – EIRELI - EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$15.527,26**, acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes.

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”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de abril de 2015

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA