

A. I. Nº - 299762.0018/14-4
AUTUADO - T N DE ALMEIDA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES – EIRELI - EPP
AUTUANTE - JONALDO FALCÃO CARDOSO GOMES
INFAZ - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 14.09.2018

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0145-04/18

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. DESENQUADRAMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO COM BASE NO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO. Restou comprovado que o desenquadramento foi levado a efeito apenas com base em edital de exclusão publicado no Diário Oficial. Falta de cientificação regular ao sujeito passivo acerca da exclusão. Cerceamento do direito de defesa. Nulidade absoluta. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em referência teve sua expedição ocorrida em 31/03/2014, abrangendo fatos ocorridos nos meses de maio, agosto, setembro, novembro e dezembro/2012, objetivando reclamar crédito tributário no total de R\$23.005,65 em decorrência da seguinte acusação:

“Infração 01 – 03.01.01: Recolheu a menor ICMS em decorrência de desconhecimento entre o(s) valor(es) do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS. Atendimento diligência solicitada pela DITRI em processo de Denúncia Espontânea. Para isso, foi feito a Conta Corrente Fiscal para confirmação do valor do tributo em confronto com o declarado pelo contribuinte. Contribuinte com Processo de exclusão do Simples Nacional, conforme Relatório de Inteligência Fiscal nº 295/2011, em Débito Declarado conforme SIPRO 179.520/2012-9. Foi feita a conta corrente do contribuinte e foi identificado a utilização irregular de crédito de 10% de empresas industriais de outros estados enquadradas no Simples Nacional; e também se creditou de 17%, em alguns casos, de empresas comerciais em compras internas; algumas notas fiscais de entradas também não foram computadas Da diferença entre os valores de ICMS denunciados espontaneamente e os encontrados na fiscalização foi lavrado o presente auto 299762.0018/14-4. O contribuinte não apresentou livros e documentos fiscais referente aos exercícios 2007” (sic).

Cientificado do lançamento, o autuado por intermédio do seu patrono ingressou com Impugnação, fls. 35 a 42, onde inicialmente efetua uma síntese da autuação e, em seguida, passou a suscitar a nulidade do Auto de Infração em razão da ausência de demonstração da base de cálculo do lançamento tributário e também, de onde retirou os valores dos créditos de que se valeu para apurar o imposto reclamado.

No mérito, assevera que pode provar que a autuação é apenas parcialmente procedente, entretanto, de forma alguma o exercício deste contraditório sana o vício de nulidade apontada, reafirmando não saber qual o método de que lançou mão o Fisco. Acrescentando, contudo, que em homenagem ao princípio da eventualidade, vem apresentar os argumentos meritórios seguintes, capazes de tornar improcedente a autuação.

Em seguida discorre a respeito da impossibilidade de promover a tributação pelo regime normal de apuração sobre contribuinte optante do Simples Nacional. Isto porque jamais foi notificada do desenquadramento do regime simplificado em comento e, nesta condição, é totalmente improcedente o Auto de Infração que se dispõe a exigir imposto pelo regime normal.

No tópico seguinte passou a apontar erros na determinação do tributo conforme a seguir:

- a) Ausência de abatimento do imposto pago por meio do Simples Nacional e, também, do abatimento incorreto do imposto antecipado. Apresentou planilha apontando os equívocos presentes no lançamento.
- b) Cálculo do ICMS em todas as competências do período de 2009 a 2012 sem a correta apropriação de todos os créditos de ICMS. A este respeito cita que em relação ao exercício de 2009 o autuante considerou apenas os períodos com imposto a pagar, ignorando os demais em que apresentava saldos credores, ocorrendo ainda situações em que o imposto declarado foi superior ao apurado, ignorando as competências em que houve imposto a restituir, situação esta que majorou o valor lançado.

Pontuou ainda a respeito da apropriação incorreta do ICMS creditado em razão das entradas originárias de outros Estados, junto a empresas optantes do Simples Nacional, em relação ao crédito presumido de 10%, deixando de apropriar a inteireza dos créditos a que faz jus. Elaborou demonstrativo apontando os equívocos reclamados.

Em conclusão requereu a nulidade da autuação ou, se ultrapassada, o seu julgamento pela Procedência Parcial, pugnando, ainda, pela conversão do feito em diligência para fim de comprovação do quanto afirmado.

O autuante prestou Informação Fiscal, fls. 50 a 54, destacando que as preliminares de nulidade não hão de prevalecer, pois todos os procedimentos formais foram cumpridos, desde a intimação inicial da ação fiscal, citando que procedeu ao refazimento da conta corrente fiscal do autuado com base nos seus livros e documentos fiscais, estando claramente demonstradas, através das planilhas elaboradas e juntadas aos autos.

Menciona que foram concedidos todos os créditos aos quais o contribuinte tem direito, ou sejam, antecipação parcial, os constantes das notas fiscais de entradas e ainda os recolhimentos dos realizados com base no Simples Nacional, com exceção dos créditos normais que ora efetua a retificação. Quanto aos débitos, diz que considerou todos os valores tributados constantes nas reduções Z e notas fiscais de vendas a consumidor nos períodos apurados.

Quanto ao mérito, apresentou inicialmente um breve histórico da situação do autuado no cadastro de contribuintes da SEFAZ, conforme a seguir transcrito: *A autuada foi desenquadrada do SIMPLES NACIONAL com efeito retroativo a 01/07/2007, por ter sido apurado que a mesma faz parte de empresas do mesmo grupo financeiro e familiar e ainda com interposição fictícia de pessoas através de processo de desenquadramento fundamentado na legislação pertinente ao regime de tributação.*

Após a publicação do edital de desenquadramento a autuada tomou conhecimento do seu desenquadramento e teve o prazo legal de trinta dias para apresentar o arrazoadado de fundamentos em sua defesa o que efetivamente não o fez.

Ciente da nova condição de apuração do valor a recolher de ICMS sobre as suas operações mercantis, ou seja, conta corrente fiscal apresentou DMA (s) Declarações mensais de apuração e também denuncia espontânea dos valores que confessava devidos como resultantes das apurações mensais do tributo.

No tocante ao argumento defensivo de que foi refeita a conta corrente do ICMS, porém, sem demonstrar como foi determinada a base de cálculo indicada na autuação, cita que adicionou à presente Informação Fiscal mais elementos para não haver dúvidas quanto à forma de identificação da base de cálculo, quais sejam:

a – Demonstrativo de Débito: Confronto entre os valores declarados em Processo de Denúncia Espontânea com ICMS a pagar pelo contribuinte e os novos valores encontrados pela fiscalização (fl. 04 desse PAF).

b – Menciona que o autuado fez Denúncia Espontânea através de Processo Administrativo Fiscal regularmente protocolado na SEFAZ, onde declara os valores de débitos (fls. 05, 06 e 07), documentos estes emitidos pelo sistema de Informação Fiscal do Contribuinte, observando que o autuado alega à fl. 56, em nota de rodapé, que desconhece a origem dos créditos que utilizou para efetuar o abatimento (coluna declarado). A este respeito, diz ser estranho a alegação de desconhecimento de valores que foram fornecidos e declarados pelo mesmo em denúncia espontânea.

c - Novo levantamento do ICMS crédito fiscal a partir das notas fiscais de entradas apresentadas pelo autuado. Retificação dos lançamentos dos créditos fiscais realizada pelo contribuinte no REM – fls. 08 a 14 – onde foi lançado o número da Nota Fiscal, data, valor total, base de cálculo e ICMS que o contribuinte tem direito.

Cita que foram corrigidos os créditos fiscais utilizados a mais pelo autuado em compras interestaduais em empresas industriais enquadradas na condição de Simples Nacional – utilizou automaticamente do percentual de 10%, quando deveria utilizar do crédito destacado na nota fiscal (fls. 08 a 13 – com os lançamentos diários), observando que na fl. 14, pode-se observar o resumo dos valores mensais.

Menciona que foram juntadas cópias dos livros Registro de Entradas, fls. 15 a 26, e do Registro de Apuração de ICMS, fls. 66 a 87, sendo ainda adicionados novos papéis de trabalho: Planilha Excel com a nova apuração do débito encontrado na auditoria, conta corrente corrigida realizada pela Auditoria (Créditos Fiscais encontrados na auditoria e Débitos Fiscais lançados pelo contribuinte em seu Livro de Apuração de ICMS), fl. 54, considerando:

- Os créditos fiscais normais da conta corrente refeita (os valores R\$235,07 em maio; R\$376,25 em julho e R\$112,26 em outubro);

- Crédito Fiscal referente aos valores recolhidos com o código de receita de 709 - ICMS Simples Nacional, valor histórico de R\$7.516,39, referente à 07/2012 (fl. 55).

- Informações do Contribuinte nos sistemas da SEFAZ: Relações de DAE's com datas de pagamentos realizados e meses de referentes a pagamento de ICMS Antecipação Parcial, referentes aos valores recolhidos sob o código de receita 2.175, relativos à Antecipação Parcial; foram utilizados na apuração dentro do mês em que ocorreu o recolhimento (R\$165,72 maio; R\$3.501,35 junho; R\$50,75 julho; R\$161,85 setembro; R\$123,59 outubro e R\$119,95 novembro, fls. 55 à 62.

No tocante à alegação de que deixou de considerar adequadamente os créditos decorrentes de antecipação parcial, cita que, conforme já mencionado acima, foram todos considerados, enquanto o argumento de que foi encontrado pelo autuante pagamentos de valores a maior de ICMS, ou seja, que deveria indicar crédito em favor do contribuinte/impugnante para o período seguinte, porém, preferiu deixar de fazê-lo, sustenta que em nenhum momento o autuado pagou valores a maior de ICMS normal, pagou apenas Antecipação Parcial, e valores correspondentes ao código de Simples Nacional, ou seja, esses valores foram apenas declarados em Denúncia Espontânea, ou seja, declarou, mas não pagou.

Conclui destacando que encontrou algumas diferenças na apuração do débito, o qual deverá ser adequado ao demonstrativo abaixo:

Ocorrência	Vlr. anterior	Vlr. corrigido
31/05/2012	463,32	463,32
31/08/2012	7.210,00	7.210,00
30/09/2012	2.525,37	2.525,37
30/11/2012	1.177,11	1.289,37
31/12/2012	11.630,11	11.175,11

Notificado para se pronunciar a respeito da Informação Fiscal, o autuado se manifestou conforme fls. 92 a 102, elaborando um quadro comparativo entre os fundamentos trazidos através da Impugnação e as respectivas alegações do autuante.

Ratificou em seguida o argumento de nulidade do Auto de Infração em razão da falta de demonstração da apuração da base de cálculo, enquanto que as explicações trazidas pelo autuante não traz qualquer informação do método de apuração do tributo, resumindo apenas à descrição da acusação.

Voltou a questionar a ilegalidade de tributação com base no regime normal de apuração haja vista que o desenquadramento apontado pelo autuante não obedeceu às normas regulamentares vigentes. Disse que desconhece a existência de qualquer edital de desenquadramento, sendo que, a exclusão do Simples Nacional não poderia ser feita através de edital, e, dessa forma, a intimação editalícia não poderia produzir efeito. Menciona a legislação aplicável à exclusão do referido regime.

Cita que o autuante silenciou a respeito dos créditos do Simples Nacional, os quais constam na planilha apresentada referente a pagamentos na ordem de R\$19.488,78, enquanto que foi considerado apenas R\$7.516,39. Por isso pugna pela concessão do crédito integral.

Comenta a respeito do equívoco do autuante em negar o creditamento ao argumento de que o citado montante teria apenas sido declarado em denúncia espontânea, porém não foi pago, reiterando a argumentação já expendida na Impugnação.

Alerta que o autuante citou ter corrigido em sede de informação fiscal erro cometido quando da autuação, qual seja, utilização pelo autuado de crédito superior ao devido, porque não se pode reformar uma autuação para prejudicar o contribuinte.

Comenta acerca da obrigatoriedade da concessão de crédito de ICMS de 10% nas compras feitas em empresas do Simples Nacional fora do Estado da Bahia, dando a entender que tal crédito somente é concedido quando as compras são feitas em empresas dentro deste Estado, atitude esta que não encontra respaldo constitucional.

Conclui reiterando todos os argumentos apresentados através da Impugnação inicial.

O autuante voltou a se pronunciar, fls. 108 a 110, onde refutou os argumentos trazidos pelo autuado e mantém o Auto de Infração.

Em 31/03/2015 o processo foi convertido em diligência à Infaz de origem no sentido de que o autuante adotasse as seguintes providências:

1 - Juntar aos presentes autos os elementos que deram causa ao desenquadramento do autuado do regime do Simples Nacional, inclusive cópia do Edital;

*2 - Considerando que à época da informação fiscal, foram juntados aos autos novos elementos e "corrigido/refeito" o demonstrativo da conta corrente fiscal, **deverá ser reaberto o prazo regulamentar de defesa** para que o autuado volte a se manifestar, oportunidade em que deverá ser entregue a este cópia desta solicitação de diligência bem como dos documentos citados no item 1.*

Em atendimento à diligência, o autuante se pronunciou às fls. 122 e 123, onde após algumas considerações já apontadas na peça inicial, explicou que o autuado foi identificado como participante do Grupo Trampolim/Feranda investigado, sendo sua matriz desenquadrada de ofício em 03 de maio de 2012, conforme Diário Oficial, pelos seguintes motivos:

1 – Sócios com mais de 10% do capital de outra empresa, conforme dispõe o inciso VI, Art. 12 da Resolução CGSN nº 04, de 30/05/2007, c/c inciso III, “c”, do Art. 3º da Resolução CGSN nº 15 de 23/07/2007.

2 – Auferiu receita bruta superior a R\$2.400.000,00 nos anos calendários anteriores (2006, 2007 e 2008), conforme dispõe o inciso II, Art. 12 da Resolução CGSN nº 15 de 23/07/2007.

Cita que é sabido que as empresas enquadradas no SN podem ter filiais, desde que a soma das receitas brutas não ultrapassem o limite para o enquadramento, sendo assim o desenquadramento da matriz automaticamente desenquadra as filiais.

À fl. 124 foi juntada cópia do Diário Oficial com a publicação do Edital de Exclusão do Simples Nacional nº 06/2012, referente ao estabelecimento matriz do autuado, publicado em 03/05/2012.

Consta às fls. 128 a 131, intimações encaminhadas ao autuado, por intermédio de seu novo patrono, no sentido de que o mesmo se pronunciasse a respeito da diligência fiscal, oportunidade em que foi reaberto o prazo de defesa.

Em 31/05/2016, mais uma vez o PAF foi convertido em diligência, desta vez à ASTEC / CONSEF, fl. 135, no sentido de que fossem verificadas e esclarecidas as divergências apontadas pelo autuado, com elaboração de nova planilha apontando o valor efetivo do débito.

Às fls. 137 a 153, foram juntadas cópias do Processo SIPRO nº 190457/2016-6, onde o estabelecimento matriz do autuado apresenta requerimento de intervenção da PGE/Profis para controle da legalidade em relação aos feitos que relacionou, dos quais, não consta o presente processo sob análise.

Em seguida foi juntada cópia do Parecer PGE/Pofis relacionado aos processos citadas na petição de pedido de controle da legalidade, fls. 159 a 166, enquanto que a fl. 167 consta despacho da PGE/Profis encaminhando o presente feito ao CONSEF para julgamento, enquanto que à fl. 168 o processo foi encaminhado à Coordenação Administrativa deste CONSEF, para efeito de atendimento da diligência requerida à fl. 135 dos autos.

À fl. 170 foi juntado o processo Sipro nº 176185/2017-8, através do qual foi anexado o requerimento administrativo da lavra do autuado, fls. 171 a 189, onde o mesmo suscita a nulidade do processo de exclusão do Simples Nacional, em razão de ser nula a intimação efetuada através de edital.

Nesse sentido, reporta-se ao art. 108 do RPAF/BA, onde em seu § 1º, consta que a intimação poderá ser feita por edital publicado no Diário Oficial, quando não se obtiver êxito na tentativa via postal.

A este respeito, reportou-se ao pedido de controle da legalidade nº PGE/2017281086-0, através do qual a PGE/Profis confirmou a ilegalidade no ato de exclusão do Simples Nacional através de edital.

Citou jurisprudência e requer a extinção do presente Processo Administrativo Fiscal conforme reconhecimento da própria Secretaria da Fazenda, por intermédio da PGE/Profis.

Às fls. 192 e 193 foi juntado o Parecer ASTEC nº 02/2018, onde esse órgão de assessoria técnica elaborou demonstrativo apontando que o valor apurado como devido é na ordem de R\$22.127,91.

Em sua manifestação acerca da diligência, o autuado se pronunciou às fls. 215 a 217 onde aponta equívocos no levantamento da lavra da ASTEC, citando notas fiscais não consideradas pela diligência e ratifica o pedido de extinção do presente PAF.

VOTO

Neste processo está sendo exigido ICMS do autuado no valor de R\$23.005,65, com base no regime normal de apuração, pelo fato do mesmo ter sido desenquadrado do regime do Simples Nacional através do Edital de Exclusão nº 06/2012, referente ao estabelecimento matriz, publicado em 03/05/2012, cuja origem está relacionada ao Relatório de Inteligência Fiscal nº 205/2011 da INFIP.

Apesar de o processo ter sido objeto de diligências para se certificar da autenticidade do *quantum* reclamado, uma questão superveniente se aflorou no curso da instrução processual referente à forma em que se processou a exclusão do autuado do regime do Simples Nacional, ocorrida através de edital publicado no Diário Oficial, fato esse que motivou ao autuado, desde a peça

inicial de defesa, suscitar a nulidade do ato de sua exclusão do Simples Nacional e, consequentemente, a nulidade do presente Auto de Infração.

Em uma de suas manifestações nos autos o patrono do autuado fez juntada de cópia do Parecer PGE/Profis integrante do Processo Administrativo nº 2017.281086-0, datado de 29/08/2017, no qual, após vasto embasamento jurídico, esse Órgão apresenta a seguinte conclusão: *“Assim, se a exclusão das empresas do Grupo Trampolim do Simples Nacional estiver lastreada em relatório de inteligência fiscal ou documento equivalente, este deve acompanhar o termo ou carta de intimação, a fim de que o contribuinte tenha conhecimento de seu conteúdo e possa exercer seu direito ao contraditório, evitando-se, dessa forma, nova alegação de nulidade no futuro”*.

A conclusão acima foi referendada pelo Procurador Chefe da PGE/Profis, fl. 188, o qual acolheu o Parecer exarado pela Procuradora Assistente do Núcleo de Consultoria e Assessoramento, no sentido da nulidade do desenquadramento do Simples Nacional das empresas listadas às fls. 01 e 02 do citado processo, na qual está incluído o autuado, fl. 182v.

E este tem sido o entendimento que vem prevalecendo no âmbito da SEFAZ, conforme se verifica através do Processo nº 021102/2017-4, onde a DITRI através de parecer datado de 24 de maio de 2017, acolheu as recomendações encaminhadas pela PGE/Profis relacionadas à exclusão do Simples Nacional, com base em relatórios de inteligência, quais sejam:

- a) Tendo a SEFAZ tomado conhecimento de fatos que possam levar à exclusão de empresas do Simples Nacional, a INFIP deve instaurar procedimento de investigação, observando cláusula de sigilo na primeira fase de coleta de informações e provas, como forma de impedir que a empresa altere o estado das coisas.
- b) Concluído o procedimento de investigação, deve ser elaborado pela INFIP Relatório de Inteligência Fiscal que conterá um sumário das providências adotadas e dos fatos apurados, além das conclusões alcançadas por aquela Inspeção.
- c) O relatório elaborado deve ser encaminhado para ciência do contribuinte, que terá o prazo de 30 (trinta) dias para manifestação e produção de provas, sendo garantido nesse período o acesso a todas as peças dos autos do processo investigativo e obtenção de cópias que julgar necessárias à sua defesa.
- d) Havendo manifestação do contribuinte a INFIP poderá reabrir o processo investigativo para coleta de novos elementos de prova que se mostrarem relevantes.
- e) Concluída essa segunda investigação, ou caso se mostre desnecessária a sua instauração, a INFIP produzirá nos autos sua informação final, sendo o processo remetido para a INFAZ competente.
- f) Na hipótese da decisão pela exclusão, o Inspetor Fazendário competente promoverá a prática do ato, mediante decisão fundamentada, e lavrará o termo de exclusão de que trata o art. 327 do RICMS, indicando a data a partir da qual devem ser produzidos os efeitos.
- g) O contribuinte será cientificado da decisão, na forma do art. 108 do RPAF, tendo o prazo de 30 (trinta) dias, conforme previsto no art. 328 do RICMS/BA, para impugnação.
- h) Havendo impugnação, essa deverá ser apreciada pela autoridade fazendária competente, em decisão fundamentada, da qual o contribuinte será cientificado na forma regulamentar.
- i) Conforme estabelece o art. 329 do RICMS, 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.

À luz do quanto acima exposto, é de se concluir que, no caso em análise, é nula a intimação efetuada ao autuado acerca de sua exclusão do Simples Nacional, pois efetuada exclusivamente por edital publicado através do Diário Oficial, desconsiderando o regramento previsto pelos arts.

326, 327 e 328 do RICMSBA, bem como do art. 108 do RPAF/BA, razão pela qual não deve subsistir o presente lançamento.

A propósito, a recente jurisprudência deste CONSEF vem se posicionando neste sentido, consoante pode ser visto através do Acórdão nº 0164-11/17.

Desta maneira, deixo de apreciar os argumentos de mérito presentes nestes autos e, com fundamento no Art. 18, IV “a” do RPAF/BA, voto pela nulidade do presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **299762.0018/14-4** lavrado contra **T N DE ALMEIDA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES – EIRELI - EPP**,

Sala das Sessões do CONSEF, em 28 de agosto de 2018

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE / RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR