

PROCESSO	- A. I. Nº 117227.0001/14-9
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- P. A. L. DE OLIVEIRA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES – EIRELI - EPP
RECURSO	- RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JJF nº 0108-03/19
ORIGEM	- INFRAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 11/02/2021

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0276-11/20-VD

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO. **a)** OPERAÇÕES ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS. DESENCONTRO ENTRE O IMPOSTO RECOLHIDO E O ESCRITURADO. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AQUISIÇÃO A AMBULANTES, MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTO – EPP. Contribuinte à época dos fatos geradores foi desenquadrado do Regime do Simples Nacional, de forma irregular, nos termos do Parecer Jurídico da PGE/PROFIS nº 2017/281086-0. Dessa forma, não poderia ter sido autuado como contribuinte do regime Normal de apuração. Infrações Nulas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos, de Recurso de Ofício interposto em razão do Acórdão 3ª JJF Nº 0108-03/19, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, lavrado em 31/03/2014, para reclamar ICMS no valor histórico de R\$288.380,92, em decorrência de cinco infrações distintas, sendo objeto do presente recurso, apenas as infrações 01, 03 e 05, descritas a seguir:

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%;

...

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%;

...

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%.

A 3ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia 21/05/2019 (fls. 653 a 661) e decidiu pela Procedência em Parte da presente exigência, em decisão unânime. O Acórdão foi fundamentado nos termos a seguir reproduzidos.

"VOTO:

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

O defensor 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 defendant.

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.

Analizando os elementos que fazem parte do presente PAF, verifico que a Autuada, P.A.L. Oliveira Comércio de Confecções 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 defendant 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 defendant 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 defendant 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 desenquadrou do regime diferenciado do Simples Nacional, o defendant não estava submetido.

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

Como a redução do crédito tributário foi superior a R\$200.000,00 (duzentos mil reais), a 3ª JJF interpôs Recurso de Ofício com supedâneo no art. 169, I, do RPAF/99.

VOTO

Observo que a decisão da 3ª JJF, (Acórdão JJF Nº 0108-03/19), desonerou o sujeito passivo, reduzindo o crédito tributário lançado de R\$696.988,61, para o montante de R\$393.500,18, em valores atualizados à data do julgamento, (vide folha 664), fato este, que justifica a remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta corte, restando cabível o presente recurso.

Quanto ao mérito, a redução do valor lançado decorreu da decretação de nulidade das infrações 01, 03 e 05, sendo esta a extensão cognitiva do presente recurso. Considerando que a razão de decidir foi única para as três infrações, julgo-as, igualmente, de forma conjunta.

Quanto à Infração 01, a conduta autuada foi descrita como “*deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, ...*”. A Infração 03 teve a sua conduta descrita como “*utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisições de mercadorias junto a microempresas, empresa de pequeno porte e ambulante, ...*”. Já a Infração 05 foi assim descrita “*recolheu a menos ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, ...*”.

Consta dos autos, que o Sujeito Passivo foi desenquadrado, de ofício, do regime do Simples Nacional, fato este que desencadeou todos os acontecimentos subsequentes, uma vez que foi fiscalizado, tendo a fiscalização reapurado o imposto devido no período, a partir da sistemática aplicada aos contribuintes do regime do conta-corrente fiscal. A 3ª JJF julgou Nulas as infrações referidas, acolhendo o opinativo da PGE, que entendera pela nulidade da decisão que desenquadrou a empresa do regime do Simples Nacional. Assim, como o presente lançamento apurou o ICMS devido a partir da sistemática atinente às empresas do regime normal, entendeu que o Auto de Infração deveria ser refeito, para apuração do imposto, considerando a sistemática do Simples Nacional.

Examinando os fólios processuais, é possível observar que consta, às fls. 384/506, cópias do PAF nº 190475/2016-8, por meio do qual, 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.

É possível observar-se, também, que em resposta ao requerimento do Autuado, às fls. 530/534, foi emitido o pertinente Parecer PGE/PROFIS nº 2017.281086-0, opinando pela nulidade das intimações feitas à empresa autuada, conforme trecho à folha 532, verso, abaixo reproduzido:

... *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.*

Ora, o desenquadramento do Sujeito Passivo do regime do Simples Nacional, como ato administrativo que é, precisa ser devidamente comunicado à empresa, de forma a possibilitar-lhe o exercício pleno do contraditório. Tal ato, deve obedecer a determinadas regras, conforme determina o art. 108 do RPAF, abaixo reproduzido:

"Art. 108. A intimação do sujeito passivo ou de pessoa interessada acerca de qualquer ato, fato ou exigência fiscal, quando não for prevista forma diversa pela legislação, deverá ser feita pessoalmente, via postal ou por meio eletrônico, independentemente da ordem.

§ 1º A intimação poderá ser feita por edital publicado no Diário Oficial do Estado quando não obtiver êxito a tentativa via postal (grifo acrescido).

..."

Assim, a intimação por meio do diário oficial pode ser feita, mas não sem antes tentar-se a intimação por via postal.

No caso dos autos, o Sujeito Passivo foi desenquadrado, de ofício, em razão de o seu faturamento ultrapassar o limite legal. Como consequência, a ciência ao interessado, do desenquadramento deu-se via Diário Oficial do Estado da Bahia – D.O.E., desrespeitando o quanto disposto no art. 108, acima transcrito.

Assim, impõe-se a nulidade do ato. Em consequência, é forçoso admitir, que a apuração do imposto devido no período autuado, deve observar as regras atinentes ao regime do Simples Nacional, o que invalida o lançamento naquilo que se reporta às três infrações acima, pois tal sistemática se constitui em um regime diferenciado de apuração de ICMS, estando sujeito às regras dispostas na Lei Complementar nº 123/06, prevendo que sobre a receita bruta auferida no mês, incidirá a alíquota determinada na forma do caput e dos §§ 1º e 2º do artigo 18.

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 as conclusões esposadas no Parecer PGE/PROFIS nº 2017.281086-0, outra decisão não cabe, senão anular o presente lançamento.

Assim, NEGO PROVIMENTO ao Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício apresentado, e manter a Decisão recorrida que julgou 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 recorrido, para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$131.499,33, acrescido das multas de 70% sobre R\$104.477,76, e 100% sobre R\$27.021,57, previstas no art. 42, 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, “d” do mesmo artigo e diploma legal citado, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala Virtual das sessões do CONSEF, 16 de outubro de 2020.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS