

PROCESSO - A. I. N° 233099.1807/15-6
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - S. ALMEIDA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA. [S. ALMEIDA SERVICOS ADMINISTRATIVO LTDA. - S. ALMEIDA SERVICOS]
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS – Acórdão 1^a JJF n° 0140-01/16
ORIGEM - INFAS VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 28/01/2021

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0352-12/20-VD

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS. DIVERGÊNCIA ENTRE O IMPOSTO RECOLHIDO E O ESCRITURADO. IMPROCEDÊNCIA DO AUTO DE INFRAÇÃO. Representação proposta de acordo com o art. 136, § 2º do COTEB, no sentido de extinguir a autuação concluindo pela ilegalidade e irregularidade de exclusão do contribuinte do Simples Nacional, dado ao descumprimento dos parâmetros legais de intimação do sujeito passivo e, por não conter nos autos prova de que se tenha concretizado a lavratura de novo Termo de Exclusão do Simples Nacional. Diante da impossibilidade da exigência de ICMS pelo Regime Normal de apuração antes que validado o processo de Exclusão do Simples Nacional, e ainda que tenha a intimação do contribuinte surtido os efeitos legais, deveria, pois, o Termo de Exclusão do Simples Nacional ter sido lavrado após o prazo de defesa assegurado ao contribuinte. Modificada a Decisão recorrida. Representação **ACOLHIDA**. Auto de Infração **Improcedente**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação da PGE/PROFIS a este Conselho de Fazenda, visando que o CONSEF julgue o Auto de Infração em conformidade com o art. 136, §2º do COTEB.

Pela análise dos elementos contidos no processo, verifico que ocorreram os seguintes fatos:

- O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 15/12/2015, exige ICMS no valor de R\$53.915,17, acrescido da multa de 60%, em razão de recolhimento a menos do ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto, no período de janeiro a agosto de 2015.
- O autuado através de advogado legalmente habilitado apresentou impugnação (fls. 32 a 53);
- A recorrido afirma que sua exclusão do simples nacional se deu de forma ilegal, na medida em que teve cerceados seus lídimos direitos de defesa.
- Afirma a autuada que o processo de exclusão do Simples Nacional deve ser precedido de intimação presencial, sendo a editalícia um complemento na hipótese em que frustrada a intimação pessoal.
- A decisão de piso não acolheu os argumentos defensivos relacionados ao pedido de nulidade do Auto de Infração. Diz que não prospera a arguição defensiva de irregularidade no processo de exclusão do Simples Nacional.
- Explica o relator de piso que com consulta efetuada junto ao sistema de Informação do Contribuinte- INC, desta Secretaria, o contribuinte jamais esteve inscrito no Simples Nacional,

pois, apesar de ter solicitado em 01/07/2007 a sua inclusão no referido regime, o mesmo foi indeferido pela Secretaria da Receita Federal e desde então a empresa tem recolhido o ICMS através do regime normal de apuração do imposto. É o que se observa inclusive na Relação de arrecadação por receita emitida pelo Sistema INC desta secretaria, conforme se observa às fls. 24 a 27.

- O Acórdão da 1ª JJF n.º 0140-01/16 foi pela Procedência do presente Auto de Infração.
- Considerando que o sujeito passivo foi intimado do acórdão proferido pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal e não apresentou Recurso Voluntário, o PAF foi encaminhado para Secretaria deste CONSEF para lavratura do Termo de Revelia;
- A recorrente à fl. 106 ingressa com Requerimento Administrativo alegando nulidade do processo de exclusão do Simples Nacional para o ICMS em razão da intimação ter se dado unicamente pela via editalícia e ii) da necessidade de observância e aplicação do entendimento exarado nos autos do Processo nº 2017281086-0 pela Procuradoria Geral do Estado que reconheceu a nulidade da intimação de contribuinte, quando perpetrada diretamente por edital.
- A PGE, à fl. 133 conclui para a pertinência nas alegações do autuado. Requereu representação ao Conselho de Fazenda pugnando pelo cancelamento do Auto de Infração em epígrafe;
- No dia 16/09/2019, em sessão de julgamento, a 2ª CJF converteu o processo em Diligência à PGE/PROFIS pois foi observado que no dia 18/04/2018 o autuante expediu novo Termo de Exclusão do Simples Nacional, com efeitos retroativos à 1º de julho de 2007, sendo, naquela oportunidade, observado os trâmites legais exigidos. A 2ª Câmara de Julgamento solicitou que o referido Termo fosse analisado e que a PGE se pronunciasse quanto aos seus efeitos legais;
- Esclarece a D. Procuradora que a renovação da intimação visou sanear os vícios do procedimento anterior e que nada obsta a fiscalização lavrar autos de infração para exigir ICMS de fatos pretéritos, desde que respeitado o prazo decadencial. Mantém entendimento quanto a improcedência da exigência fiscal contida no presente auto de infração, já que, por ocasião de sua lavratura, a autuada ainda não estava definitivamente excluída do regime do Simples Nacional, porquanto inapta a produzir regulares efeitos a decisão administrativa que o decretou, diante da inexistência de intimação válida da empresa para exercer o seu direito de defesa. Conclui que só poderia subsistir os autos de infração lavrados em data posterior à aquela na qual se operou o definitivo e regular encerramento do processo de exclusão do Simples Nacional.

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se, portanto, de Pedido de Representação da PGE, visando a declaração de improcedência do Auto de Infração lavrado em 15/12/2015 para exigir ICMS no valor de R\$53.915,17, acrescido da multa de 60%, em razão de recolhimento a menos do ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto, no período de janeiro a agosto de 2015.

Conforme consta no relatório acima, o sujeito passivo, protocolou representação a PGE/PROFIS, alegando existência de vício insanável, requerendo, portanto, a decretação de nulidade do presente Auto de Infração.

Por sua vez, a PGE/PROFIS representa opinativo de julgamento do processo pelo CONSEF, com fundamento no art. 136, § 2º do COTEB, concludo pela ilegal e irregular exclusão do Simples Nacional, dado o descumprimento dos parâmetros legais de intimação do sujeito passivo.

Avançando na apreciação da preliminar de nulidade e, observando os fundamentos e diretrizes da norma legal, saliento que não há nos autos prova de que se tenha concretizado a lavratura de

novo Termo de Exclusão do Simples Nacional. Na assentada de julgamento, esta 2^a Câmara de Julgamento, acessando o sistema da Fazenda, observou que a renovação da Intimação do contribuinte acerca da exclusão já anteriormente decretada foi devidamente realizada.

Ocorre que, diante da impossibilidade da exigência de ICMS pelo Regime Normal de apuração antes que validado o processo de Exclusão do Simples Nacional, e ainda que tenha a intimação do contribuinte surtido os efeitos legais, deveria, pois, o Termo de Exclusão do Simples Nacional ter sido lavrado após o prazo de defesa assegurado ao contribuinte.

Conforme orientação extraída do site da Receita Federal, “*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. 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. No âmbito da DAT Metro, o titular da Coordenação de Processos apreciará a impugnação à exclusão do contribuinte. 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.*”

Assim, conforme entendimento exarado pela Procuradoria, “*se conclui, sem maiores esforços, pela improcedência da exigência fiscal contida no presente auto de infração, já que, por ocasião de sua lavratura, a autuada ainda não estava definitivamente excluída do regime do Simples Nacional, porquanto, inapta a produzir regulares efeitos a decisão administrativa que o decretou, diante da inexistência de intimação válida da empresa para exercer seu direito de defesa. Só poderão subsistir os autos de infração lavrados em data posterior à aquela na qual se operou o definitivo e regular encerramento do processo de exclusão do Simples Nacional*”.

Portanto, ACOLHO então a presente Representação, votando pela IMPROCEDÊNCIA do referido Auto de Infração.

Este é o voto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, ACOLHER a Representação proposta para modificar a Decisão recorrida e julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração nº 233099.1807/15-6, lavrado contra S. ALMEIDA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA. [S. ALMEIDA SERVICOS ADMINISTRATIVO LTDA. - S. ALMEIDA SERVICOS].

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 08 de dezembro de 2020.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

LEILA BARRETO NOGUEIRA VILAS BOAS – RELATORA

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS