

A. I. Nº - 284119.0030/21-5
AUTUADO - L MIRANDA SANTIAGO
AUTUANTES - JURACI LEITE NEVES JÚNIOR e HELIO RODRIGUES TORRES JÚNIOR
ORIGEM - DAT NORTE/INFAZ CENTRO NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 10/06/2022

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0078-01/22-VD

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS. ERRO NA APURAÇÃO DOS VALORES DO IMPOSTO. Em função de já estar desenquadrado do Regime do Simples Nacional na época dos fatos geradores, o Contribuinte apurou o ICMS erroneamente pelo mencionado regime, quando deveria ter utilizado a Apuração Normal do imposto. Infração caracterizada. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Indeferido o pedido de diligência. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 13/12/2021, refere-se à exigência de crédito tributário no valor histórico de R\$ 1.099.936,69, mais multa de 60%, em decorrência da seguinte irregularidade:

Infração 01 – 003.002.004: Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, nos meses de janeiro a dezembro de 2020.

“Contribuinte apurou o ICMS de forma errônea como Simples Nacional ao invés de apurar como Apuração Normal (Débito x Crédito) “.

Consta, ainda, na descrição dos fatos o seguinte: *“Auto de infração lavrado em decorrência de fiscalização na operação SIMPLES NACIONAL – DESENQUADRAMENTO. Contribuinte tendo como sócia a Sra. LUANA MIRANDA SANTIAGO (CPF: 051.853.045-02) sócia das empresas relacionadas em anexo cujo faturamento global nos últimos cinco anos totalizou R\$ 25.323.769,14, atingindo limite para desenquadramento de ofício do Simples Nacional com fundamento nos artigos 28, 29 e 30 da Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006, combinado com artigos 15, inciso IV, 73 inciso II, alínea a, 75 inciso II e 76 inciso I da Resolução CGSN nº 94 de 29/11/2011”.*

Enquadramento Legal: artigos 24 a 26, da Lei nº 7.014/96 C/C art. 305, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012. Multa prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte foi notificado do Auto de Infração em 21/12/21 (AR à fl. 17) e ingressou tempestivamente com defesa administrativa em 21/02/22, peça processual que se encontra anexada às fls. 18 a 32.

Inicialmente faz um resumo dos fatos que culminaram com a autuação, salientando que não sabe como o autuante chegou aos valores das empresas relacionadas.

Em seguida, suscita também como preliminar de nulidade a utilização na autuação de norma revogada. Assevera que a resolução CGSN 94/2011, foi revogada pela Resolução CGSN nº 140, de 22 de maio de 2018, e que, dessa forma, o fisco não pode basear suas ações em norma que notadamente encontra-se revogada antes do período a que se refere.

Enfatiza que a Resolução CGSN 94/2011, sendo revogada em 22 de maio de 2018, não pode ser aplicada para exclusão do Simples Nacional de fatos geradores ocorridos a partir de janeiro de 2020.

Neste sentido, traz à colação os artigos 19 e 20 do RPAF/BA (Decreto 7.629/99), ressaltando que no caso concreto, não é possível identificar com evidencia o enquadramento legal, da forma como consta da “Descrição dos Fatos” no presente Auto de Infração.

Por outro lado, aduz que não foi considerado o Parcelamento efetuado no âmbito da Receita Federal. Assinala que não pode o Contribuinte pagar duas ou mais vezes, pelo mesmo fato gerador.

Diz que quando os autuantes abatem os pagamentos feitos mensalmente a título de ICMS recolhido no conjunto de tributos do Simples Nacional, deveriam adotar o mesmo procedimento quanto aos tributos parcelados espontaneamente.

Afirma que parcelou o ICMS devido no mesmo período da Autuação, ou seja, de janeiro a dezembro de 2020, e que o lançamento fiscal precisa ser corrigido.

Entende que o processo deve ser objeto de diligência, citando as disposições do art. 123, §3º, do RPAF/99.

Em relação ao parcelamento alegado, diz que a legislação é clara quanto ao direito de espontaneidade, transcrevendo o art. 95, do mesmo diploma legal acima mencionado.

Quanto à Resolução CGSN 94/2011, ratifica que se encontrava revogada e apresenta a legislação pertinente.

Com referência à hipótese de exclusão do Simples, traz à colação o artigo 29, da Lei Complementar 123/2006.

Frisa que a exclusão de ofício não pode ultrapassar os limites legais, sob pena de nulidade. Argumenta que, no caso concreto, a exclusão só poderia se dar no curso do ano-calendário em que o contribuinte ultrapassa o limite de Receita Bruta dentro do próprio exercício, uma vez que considera que não restou comprovada nenhuma das hipóteses previstas na legislação tributária vigente à época dos fatos.

Ao final requer:

1. *Seja acolhida a presente Impugnação, para cancelar-se o valor do crédito reclamado cobrada em lançamento de ofício;*
2. *Caso entenda por pertinente, sejam procedidas as Diligências necessárias à verificação dos valores parcelados e redução do valor devido neste processo;*
3. *Desconhecer a exclusão retroativa a 01/01/2019, por total ausência de previsão legal, uma vez que não é o faturamento somado dos últimos cinco anos que determina a hipótese legal de exclusão, e sim o faturamento do ano imediatamente anterior, que no caso desta empresa foi zero;*
4. *Caso entenda que cabe a cobrança apesar dos vícios apresentados no processo, que seja calculada a exclusão a partir do mês em que ultrapasse o limite legal da Receita Bruta dentro do exercício de 2020.*

O autuante Juraci Leite Neves Junior presta informação fiscal às fls. 52 a 57, rebatendo as alegações defensivas.

Expõe que a exclusão retroativa do autuado deu-se por “ATO ADMINISTRATIVO PRATICADO PELO ENTE BA”, diga-se, SEFAZ/BA, doc. fl. 10, conforme extrato exarado pela Receita Federal do Brasil, cuja notificação foi enviada ao contribuinte por meio eletrônico (DT-E) em 31/03/2021, pela Diretoria de Planejamento da Fiscalização/Inspetoria de Fiscalização Eletrônica de Tributos/Coordenação do Simples Nacional doc. as fls.11/12, salientando a capitulação legal do ato, ou seja: “artigos 28, 29 e 30 da Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006, combinado com artigos 15 inciso IV, 81 inciso II, alínea “c”, 83 inciso II e 84 inciso I, da Resolução CGSN nº 140, de 22/05/2018”.

Esclarece que quando da Notificação da exclusão do contribuinte do Regime do Simples Nacional, obedecendo dispositivo legal, lhe foi concedido prazo de 30 (trinta) dias para impugnação do ato, e que o prazo foi vencido sem apresentação de qualquer impugnação.

Diz que, dessa forma, o respectivo Termo é registrado no Portal do Simples Nacional no site da Receita Federal do Brasil, surtindo efeitos a partir de 01/01/2019, e alcançando todos os estabelecimentos da empresa.

Pontua que como o contribuinte não impugnou sua exclusão do Simples Nacional, a sua situação no cadastro na SEFAZ/Ba retroage para o regime normal de tributação.

Aduz que na autuação não se discute a exclusão do contribuinte do regime do SN, uma vez que esta discussão precluiu, quando o mesmo não se manifestou no momento oportuno.

Assinala que, nesta linha, a indicação incompleta do dispositivo legal da exclusão do autuado do regime do SN em nada muda sua situação cadastral, pois o mesmo foi notificado antes do início da ação fiscal da sua exclusão.

Enfatiza que a exclusão do autuado no regime do Simples Nacional não foi efetuado durante a auditoria e sim, por ato administrativo da SEFAZ anterior a esta e em consonância com a legislação vigente.

Acrescenta que à fl. 09 consta a relação das empresas onde se apurou o faturamento global, descabendo a alegação defensiva de que não sabe como se chegou ao valor que compõe o faturamento das empresas as quais o sócio da autuada tem participação.

Em relação ao item defensivo que questiona a exclusão retroativa do autuado, dizendo que “não é o faturamento somado dos últimos cinco anos que determina a hipótese legal de exclusão, e sim o faturamento do ano imediatamente anterior, que no caso desta empresa foi zero”, assevera que a simples leitura da NORMA que rege a matéria sepulta os argumentos expostos.

Neste sentido, cita os artigos 28, 29 e 30, da Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006, e traz à colação o art. 15, IV, da Resolução CGSN nº 140, de 22/05/2018.

No que tange aos parcelamentos mencionados pelo autuado, relata que a defesa junta nos autos recibo de adesão ao parcelamento do Simples Nacional datado de 29/10/2021 às 10:40 (fl. 39), mas que a ciência do início da ação fiscal deu-se em 06/10/2021 às 10:01, conforme documento à fl. 05.

Conclui que a empresa quando solicitou parcelamento junto à RFB já se encontrava sob ação fiscal, e que dessa forma, o mesmo não ilide a autuação, nem a reduz.

Ressalta que essa atitude, inclusive corrobora o lançamento, e que o parcelamento de débitos só produziria efeitos se não houvesse nenhum procedimento administrativo ou medida fiscalizatória em curso relacionados à infração no estabelecimento interessado.

Diz que de acordo com o art. 95, do RPAF/99, os recolhimentos efetuados neste parcelamento deverão ser computados apenas como quitação parcial do Auto de Infração para efeitos de benefícios de redução de multa, se for o caso.

Ao final, requer que o Auto de Infração seja julgado PROCEDENTE.

VOTO

O autuado, em preliminar de mérito, suscita a nulidade da autuação, primeiramente sob alegação de que foi indicada Norma revogada no corpo do Auto de Infração, ou seja, da Resolução CGSN nº 94 de 29/11/2011, relativa ao desenquadramento do contribuinte do Simples Nacional.

Entretanto, o Termo de Exclusão do Simples Nacional encaminhado pelo Estado, com ciência do contribuinte através de DT-e, à fl. 11, instrumento que efetivamente estabeleceu seu desenquadramento no Estado a partir de 01/01/2019, menciona os artigos em vigência (Resolução CGSN nº 140, de 22/05/2018).

Ademais, o enquadramento legal referente à infração em lide (recolhimento a menor do ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto), está condizente com a imputação em exame.

Destaco ainda que mesmo que houvesse alguma falha na tipificação, conforme dispõe o art. 19 do RPAF/BA, “a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição

dos fatos, fique evidente o enquadramento legal”.

Em segunda preliminar, o autuado entende que não é demonstrado como o autuante chegou ao valor que compõe o faturamento das empresas as quais o sócio da impugnante tem participação.

Mais uma vez descabe a pretensão defensiva, uma vez que à fl. 09 consta a relação das empresas onde se apurou o faturamento global.

Por outro lado, à fl. 08 consta o demonstrativo que apura o imposto devido na presente autuação, que está em consonância com a infração tipificada, definindo o montante do crédito tributário ora exigido.

Dessa forma, o Auto de Infração atende aos requisitos legais, estando presentes todos os pressupostos exigidos na norma para a sua validade, especialmente os artigos 142 do CTN, e 39 do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), não havendo do que se falar em violação ao devido processo legal e à ampla defesa, nem em nulidade do lançamento fiscal.

Quanto ao pedido de diligência apresentado na peça defensiva, fica rejeitado, com base no art. 147, inciso I, “a” do RPAF/99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para análise do mérito da autuação e conclusões acerca da lide.

O Auto de Infração em exame imputa ao autuado o recolhimento a menor do imposto, em decorrência do contribuinte ter apurado o ICMS erroneamente como Simples Nacional ao invés de utilizar a Apuração Normal (Débito x Crédito).

Efetivamente, de acordo com os documentos às fls. 09 e 10, além dos constantes da mídia, à fl. 15, constata-se que o autuado foi excluído na Receita Federal, do regime do Simples Nacional em 31/12/2018, tendo em vista que o contribuinte tem como sócia a Sra. Luana Miranda Santiago, cujo faturamento global nos últimos cinco anos atingiu o limite imposto para desenquadramento de ofício do Simples Nacional.

Foi também enviado para o contribuinte, pelo Estado (DT-e à fl. 11), Termo de Exclusão do Regime acima citado, a contar a partir de 01/01/2019, em 31/03/2021. O autuado tomou ciência em 01/04/2021, não impugnando a exclusão no prazo fixado de 30 (trinta) dias.

Destarte, no período objeto da autuação (exercício de 2020), o autuado já não podia ter recolhido o ICMS adotando o Regime do Simples Nacional.

O autuado alegou que a exclusão retroativa foi indevida, dizendo que *“não é o faturamento somado dos últimos cinco anos que determina a hipótese legal de exclusão, e sim o faturamento do ano imediatamente anterior, que no caso desta empresa foi zero”*.

Todavia, sua alegação vai de encontro com o que dispõe a Norma que rege a matéria em questão (artigos 28, 29 e 30 da Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006, e art. 15, IV da Resolução CGSN nº 140, de 22/05/2018).

Argumentou ainda, que no computo do recolhimento efetuado pelo autuado, o autuante não considerou os parcelamentos feitos junto à Receita Federal do Brasil (RFB), referente aos meses de 03/2020 a 10/2020.

Entretanto, como bem salientou o autuante por ocasião de sua informação fiscal, o recibo de adesão e planilhas ao parcelamento do Simples Nacional, juntadas pela defesa às fls. 39 a 46, é datado de 29/10/2021 às 10:40:23 (fl. 39), e como a ciência do início da ação fiscal se deu em 06/10/2021 (DT-e à fl. 05), o contribuinte já se encontrava sob ação fiscal quando efetuou a solicitação junto à RFB.

Nessas circunstâncias, os valores efetivamente pagos devem ser considerados pela repartição fiscal, porém, não exime o autuado da multa imposta relativa à tais valores.

Por fim, destaco que o autuado não apontou especificamente erro ou inconsistência na planilha que apurou o débito ora exigido.

Vale ainda registrar, que nos termos do art. 123 do RPAF-BA/99, foi garantido ao autuado o direito de fazer a impugnação do lançamento de ofício, aduzida por escrito e acompanhada das provas que possuisse, sendo que a simples negativa do cometimento da infração, não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal (art. 143 do RPAF/99).

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração **nº 284119.0030/21-5**, lavrado contra **L MIRANDA SANTIAGO**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 1.099.936,69**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 13 de maio de 2022.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR