



PROCESSO	- A. I. N° 284119.0030/21-5
RECORRENTE	- L MIRANDA SANTIAGO
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0078-01/22-VD
ORIGEM	- DAT NORTE / INFACENTRO NORTE
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 21/12/2022

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF Nº 0313-12/22-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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado (art. 169, I, “b” do RPAF/99), no qual a JJF julgou Procedente 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 – DSENQUADRAMENTO. 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 ingressou tempestivamente com defesa administrativa em 21/02/22, às fls. 18 a 32. O autuante presta informação fiscal às fls. 52 a 57.

A JJF decidiu, após o devido saneamento do PAF, com o seguinte voto condutor:

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 possuísse, 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.

O contribuinte inconformado com a Decisão de piso, apresenta Recurso Voluntário às fls. 78/87, onde inicialmente tece sobre os fatos da autuação e, posteriormente, sobre os fatos recursais:

Suscita preliminares de nulidades:

Fundamentação em norma revogada. Salienta que a resolução CGSN 94/2011, foi revogada pela Resolução CGSN nº 140, de 22 de maio de 2018. O fisco não pode basear suas ações em norma que

notadamente encontra-se revogada antes do período a que se refere. 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.

Reproduz os artigos 19 e 20 do RPAF, Decreto nº 7.629/99. Salienta 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.

Falta de Consideração de Parcelamento no âmbito da Receita Federal. Ressalta que ainda que prospere a cobrança a despeito da inobservância descrita no item precedente, não pode o Contribuinte pagar duas ou mais vezes, pelo mesmo fato gerador.

Consigna 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.

Chama atenção para os anexos elencados, pois sustenta que o Autuado parcelou o ICMS devido no mesmo período da Autuação, ou seja, de janeiro a dezembro de 2020, e, prosperando a cobrança da maneira como se encontra o presente processo, acabaria o contribuinte recolhendo os tributos em duplicidade: No parcelamento em curso e, agora, no presente Auto de Infração.

Assim, precisa ser corrigido o lançamento fiscal ora discutido.

Nas questões de **mérito**, reporta-se dizendo que o artigo 123 do RPAF, Decreto nº 7629/99, deverá ser objeto de verificação ou diligência no curso do processo originário, para que se possa dar seguimento ou não ao crédito reclamado ora discutido. E que em relação ao parcelamento, antes do início da ação fiscal, o Contribuinte parcelou todos os débitos existentes (inclusive ICMS) e a legislação é clara quanto ao direito de espontaneidade. Transcreve o art. 95 e seus incisos, como também a Resolução CGSN nº 94/2011, que se encontrava revogada pelo dispositivo legal – Art. 153, I. Reproduz também o art. 30 Lei Complementar nº 123/2006 que fala sobre a hipótese de exclusão.

Pontua que se verifica que a exclusão de ofício não pode ultrapassar os limites legais, sob pena de nulidade. 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 não restou comprovada nenhuma das hipóteses previstas na legislação tributária vigente à época dos fatos.

Sustenta que não deve prosperar a cobrança, pelo menos em parte, uma vez que comprovadamente pagou ou parcelou parte do crédito fiscal de ICMS reclamado neste processo. Destaca que foram anexados aos autos, quando da impugnação, os seguintes documentos, de forma editável:

1. Anexo I - demonstrativo do débito Parcelado;
2. Anexo II - Parcera Inicial;
3. Anexo III - Parcera Atual;
4. Anexo IV - Composição da Parcera;
5. Anexo V - Recolhimentos do e-Cac RFB;
6. Anexo VI - Recibo de Parcelamento.
7. Anexo VII – Cópia do Ato Constitutivo da empresa.
8. Arquivo editável com a presente impugnação.

Pede e requer pela insubsistência e improcedência do lançamento ora impugnado:

- Seja acolhido o presente Recurso, para cancelar-se o valor do crédito reclamado cobrada em lançamento de ofício;
- Sejam excluídos todos os valores parcelados (e não apenas os já pagos), inclusive os efetivamente pagos, em processo de parcelamento, como consta deste processo e analisado no

julgamento de Primeira Instância;

- Caso entenda por pertinente, sejam procedidas as Diligências necessárias à verificação dos valores parcelados e redução do valor devido neste processo;
- 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;
- 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.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto nos termos do Art. 169, I, “b” do RPAF, referente ao Auto de Infração, lavrado em 13/12/2021, para exigir crédito tributário no valor de R\$ 1.099.936,69, por recolher ICMS a menor em decorrência de erro na apuração do valor do imposto no exercício de 2020. O sujeito passivo apurou o ICMS de forma errônea como Simples Nacional ao invés de apurar como apuração normal (débito x crédito).

Verifico que a autuada, em preliminar de mérito, suscita a nulidade da autuação com as seguintes alegações:

1. Fundamentação da Norma revogada da Resolução CGSN nº 94 de 29/11/2011, relativa ao desenquadramento do contribuinte do Simples Nacional.
2. Falta de consideração de parcelamento efetuado pela recorrente no âmbito da Receita Federal.

Observo que, o Termo de Exclusão do Simples Nacional emitido em 31.03.2021 pelo Estado da Bahia, com ciência expressa do contribuinte em 01.04.2021, através de DT-e, à fl. 11, instrumento que efetivamente estabeleceu seu desenquadramento no Estado da Bahia, com efeitos retroativos a partir de 01/01/2019, indica os artigos em vigência (Resolução CGSN nº 140, de 22/05/2018).

Esclareço que, a autuada tomou ciência da exclusão em 01/04/2021, e teve o prazo de 30 dias para impugnação e não o fez.

Observo ainda, que o enquadramento legal do auto de infração em lide está adequado com a exigência do ICMS pelo recolhimento a menor em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto.

Saliento, 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”*.

Certifico nos autos sob às fls. 09 a 10 e mídia CD à fl.15, que a autuada foi excluída pela 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.

Certifico ainda que sob às fls. 09 o autuante traz a relação das empresas onde se apurou o faturamento global, não socorrendo a autuada quanto as alegações de como o autuante chegou ao valor que compõe o faturamento das empresas as quais a sócia da autuada tem participação.

Constata-se, sob às fls. 08 que o demonstrativo que apura o imposto devido na presente lide, está em consonância com a infração tipificada, determinando a exigência do montante do crédito tributário.

Diante dos fatos e argumentos apresentados, entendo não assistir razão a recorrente, haja vista que, o lançamento encontra-se em perfeita sintonia com o artigo 142 do CTN e no art. 39 do RPAF/BA sendo o imposto a sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos, descrições dos fatos e demonstrativos que instruíram o Auto de Infração. A empresa autuada pode compreender perfeitamente a acusação que lhe foi imputada tanto que procedeu a impugnação.

Quanto a alegação da falta de consideração de parcelamento no âmbito da Receita Federal, verifico que, acertadamente o autuante não considerou os parcelamentos feitos pela autuada junto à Receita Federal do Brasil (RFB), referente aos meses de 03/2020 a 10/2020, tendo em vista que o recibo de adesão e planilhas ao parcelamento do Simples Nacional, sob às fls. 39 a 46, ocorreu em 29/10/2021, e a ciência do início da ação fiscal se deu em 06/10/2021 (DT-e à fl. 05), portanto, o sujeito passivo já se encontrava sob ação fiscal quando efetuou a solicitação do parcelamento junto à RFB.

Nesse contexto, os valores efetivamente pagos devem ser considerados pela repartição fiscal, porém, não exime a autuada da multa imposta relativa à tais valores.

Diante de tais considerações, não acolho as nulidades suscitadas.

Após análise das preliminares de nulidades suscitadas, passo a análise do mérito.

No mérito o Auto de Infração em lide exige-se da autuada ICMS, por ter recolhido a menor em decorrência do contribuinte ter apurado erroneamente como Simples Nacional ao invés de apurar e recolher pelo regime de Conta Corrente normal (Débito x Crédito).

Constata-se nos autos, que a exclusão da autuada do Simples Nacional se deu por Ato Administrativo da SEFAZ Bahia, com base no extrato lavrado pela Receita Federal do Brasil, motivado pelo fato de que o sujeito passivo tem como sócia a Sra. Luana Miranda Santiago, cujo faturamento global das empresas em que participa, nos últimos cinco anos atingiu o limite imposto para desenquadramento de ofício do Simples Nacional.

O Termo de Exclusão do Regime acima citado, foi emitido, em 31/03/2021, com efeitos retroativos a 01.01.2019. A autuada tomou ciência em 01/04/2021, via DT-e à fl.11, sendo-lhe oferecido prazo de 30 (trinta) dias para impugnação e a recorrente não apresentou defesa.

Isto posto, para o exercício de 2020, objeto do lançamento, a autuada já estava obrigada a fazer a apuração e recolhimento do ICMS pelo regime de conta corrente fiscal e optou em apurar e recolher pelo Regime do Simples Nacional.

Constata-se, que o demonstrativo que apura o imposto devido na presente lide, está em consonância com a infração tipificada, determinando a exigência do montante do crédito tributário (Fl.08).

Vale salientar, que a autuada não traz aos autos nenhuma contestação referente a erro ou inconsistência do demonstrativo de débito, objeto da autuação.

A autuada reitera em sede de recurso que a exclusão retroativa do Regime do Simples Nacional foi indevida, alegando 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*”, neste sentido a alegação da recorrente não prospera, pois, vai de encontro ao 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).

Verifico, que nos termos do art. 123 do RPAF-BA/99, foi garantido a autuada o direito de fazer a impugnação do lançamento de ofício, apresentada por escrito e acompanhada das provas que detivesse, 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).

Quanto ao pedido de diligência, por entender que os elementos contidos nos autos são suficientes para formar minha convicção, com fundamento no art. 147, I do RPAF/99, indefiro o pedido de

diligência solicitado pela recorrente.

Diante de tais considerações, concluo pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, tendo em vista que no período fiscalizado a autuada estava desenquadrada pelo Regime do Simples Nacional com base 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.

Pelo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 284119.0030/21-5, lavrado contra L MIRANDA SANTIAGO, devendo ser intimado o recorrente, 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.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 17 de outubro de 2022.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

ANTONIO DIJALMA LEMOS BARRETO - RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS