

A. I. Nº - 222468.0017/21-7
AUTUADO - SANTA RITA GALVANIZAÇÃO LTDA,
AUTUANTE - PAULO DE TARSO DE ALMEIDA
ORIGEM - INFAZ COSTA DO CACAU
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 13.12.2022

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0215-05/22-VD

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS. SIMPLES NACIONAL. DESENQUADRAMENTO DO CONTRIBUINTE. EXCESSO DE RECEITA. REAPURAÇÃO DO ICMS PELO REGIME NORMAL DE TRIBUTAÇÃO. Nula a cobrança relacionada ao fato gerador de outubro/2019, considerando que o desenquadramento do Simples Nacional deve ser precedido da lavratura do Termo de Exclusão, assegurado ao contribuinte o direito de impugnar o referido ato administrativo. Violados os princípios da ampla defesa e do devido processo legal. Recomendada na parte dispositiva da decisão a renovação da ação fiscal a salvo do vício formal. Em relação aos fatos geradores dos meses de 2020 (janeiro e outubro), indevida a reapuração do imposto pelo regime normal de tributação, visto que o contribuinte, no referido exercício, já recolhia o ICMS através da sistemática conta corrente fiscal (débitos vs. créditos), mesmo permanecendo o contribuinte enquadrado no Simples Nacional. Auto de Infração **NULO**, relativamente ao fato gerador de outubro/2019 e **IMPROCEDENTE** em relação aos fatos geradores de janeiro e outubro de 2020. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 21/09/2021 para exigir ICMS no valor principal de R\$ 82.094,00, contendo a seguinte imputação fiscal:

Infração 01 – 003.002.004 – Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto. Exercício de 2019: mês de outubro; Exercício de 2020: meses de janeiro e outubro. Empresa desenquadrada de ofício do Simples Nacional conforme tela INC: fim de vigência 30/09/2021 e todo o ano de 2020. Retornando a Simples Nacional em 01/01/2021. Foi considerado saldo Credor Anterior como inicial zero. A partir daí considerado as saídas segregadas pelo contribuinte declaradas no PGDASD como saídas de mercadorias tributadas pelo ICMS. Para isso foram consideradas as vendas de mercadorias segregadas pelo próprio contribuinte sendo considerado para efeito de tributação do ICMS, alíquota de 18%. Utilizados os créditos fiscais destacados nas entradas e os pagamentos de ICMS constantes do banco de dados da SEFAZ, como outros créditos ou valor recolhido como ICMS Simples Nacional.

Documentos que compõem o Auto de Infração: Demonstrativo de Débito; Parecer relativo à impugnação da exclusão do Simples Nacional; Termo de Início da Ação Fiscal via DTE; Relatório contendo informações dos dados cadastrais do autuado e PGDASD; Termo de ciência e Parecer Final da exclusão do Simples Nacional; Termo de Ciência do Auto de Infração datado de 23/09/2021 (docs. fls. 04/52).

O contribuinte ingressou com defesa administrativa protocolada em 29/10/2021, peça processual anexada entre as fls. 55 a 70 dos autos, firmada por procurador habilitado através do instrumento juntado à fl. 73.

Foi inicialmente suscitada a NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO.

Discorreu o defendente que o Auto de Infração, objeto da presente lide, gira em torno da cobrança do ICMS dos meses de outubro/2019, janeiro/2020 e outubro/2020 em virtude da Impugnante ter, supostamente, ultrapassado o limite do Simples Nacional no exercício de 2019, regime no qual estava enquadrada naquele exercício. Assim, por ter ultrapassado o limite de receita do Simples Nacional no acumulado de janeiro a setembro de 2019, o fisco a excluiu de ofício deste regime simplificado a partir de outubro/2019, calculando o ICMS devido a partir deste mês pelo regime do Conta Corrente Fiscal, montando a sua base de cálculo pela sistemática do *'débito menos crédito'*.

Para a defesa o procedimento utilizado pela Fiscalização para excluir a Impugnante do Simples Nacional a partir de outubro de 2019, encontra-se em total desacordo com o disposto na legislação estadual vigente na época, **o que dá causa à nulidade do auto de infração.**

Passou o contribuinte, na sequência, a narrar a cronologia da autuação, para fins de demonstrar **a existência de erros formais insanáveis cometidos pela Fiscalização.**

Em 01 de abril de 2021, foi emitido o TERMO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL – PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA (DOC.3 – fls. 83/84), tendo a Fiscalização informado que a receita bruta acumulada da Impugnante ultrapassou o limite determinado para o SIMPLES NACIONAL, **no exercício de 2016**, que compreendeu o período de **janeiro a dezembro de 2016.**

Por ter supostamente ultrapassado o limite do SIMPLES NACIONAL em 2016, a Impugnante seria excluída deste regime no exercício de 2017.

Assim, foi aberto o prazo de 30 (trinta) dias após a ciência do Termo de Exclusão para que a Impugnante apresentasse a sua defesa administrativa, conforme previsto no artigo 328, do Regulamento do ICMS da Bahia – RICMS/BA, (Decreto nº 13.780/2012), conteúdo do dispositivo abaixo reproduzido:

Art. 328. 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.

Após o contribuinte apresentar a sua defesa à exclusão do SIMPLES NACIONAL, a SEFAZ/BA, em resposta à referida impugnação, emitiu, em 31/05/2021, o **Parecer Final nº 3.784/2021**, em anexo (DOC.4 – fls. 86/87), **tendo a Inspeção Fazendária acatado as alegações da Impugnante e considerado procedente a impugnação apresentada**, afastando, assim, a exclusão do SIMPLES NACIONAL no exercício de 2017.

Posteriormente, em 23/09/2021, a Impugnante foi surpreendida com a lavratura do Auto de Infração de que cuida a presente defesa, onde a Fiscalização alegou excesso de receita **no período acumulado de janeiro a setembro de 2019**, tendo sido excluída do SIMPLES NACIONAL, a partir de outubro de 2019.

Neste ponto, ressaltou que a lavratura do presente Auto de Infração, onde foi cobrado o ICMS devido dos meses de outubro/2019, janeiro/2020 e outubro/2020, **ocorreu sem que antes tivesse sido lavrado o Termo de Exclusão do SIMPLES NACIONAL para o exercício de 2019** (tal qual ocorreu anteriormente, em relação ao exercício de 2016), o que possibilitaria a Impugnante apresentar a sua impugnação ao referido termo de exclusão, conforme consta no artigo 328, do RICMS/BA, caracterizando, assim, **preterição do direito de defesa.**

Enfatizou que o Regulamento do Processo Administrativo da Bahia – RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, é taxativo ao dispor que a preterição do direito de defesa dá causa a nulidade

do lançamento, conforme disposto no artigo 18, inciso II norma transcrita no corpo da peça defensiva.

Nessas circunstâncias o contribuinte sustenta não restar dúvidas de que a falta da lavratura do Termo de Exclusão do SIMPLES NACIONAL para o exercício de 2019 impossibilitou a Impugnante de apresentar a sua defesa ao referido termo de exclusão, conforme previsto no artigo 328, do RICMS/BA, estando configurado o cerceamento do direito de defesa.

Ainda que se possa alegar que a referida preterição do direito de defesa esteja superada pelo fato da Impugnante ter a oportunidade de apresentar a sua defesa neste momento, ao CONSEF, o fato é que a decisão acerca da exclusão ou não do SIMPLES NACIONAL fica a cargo da Inspetoria Fazendária (art. 328, do RICMS/BA), o que configura, portanto, a preterição do direito de defesa alegada, visto que o inspetor fazendário não analisou a matéria em virtude, justamente, da falta da lavratura do Termo de Exclusão para o exercício de 2019.

O que se observa é que a lavratura do presente Auto de Infração “pulou uma etapa” do processo de defesa da Impugnante, visto que lhe foi suprimida a possibilidade de se impugnar a exclusão do SIMPLES NACIONAL ocorrida em 2019, fato que não se verificou em relação ao exercício de 2016, quando foi emitido o respectivo Termo de Exclusão do regime simplificado.

Dando seguimento à cronologia dos fatos e analisando um novo aspecto, foi verificado que em **28/09/2021**, portanto, após a lavratura do Auto de Infração de que trata essa defesa, a SEFAZ/BA emitiu um novo Parecer acerca da exclusão do SIMPLES NACIONAL do ano de 2016, tornando sem efeito o Parecer anterior, de nº 3.784/2021.

Trata-se do **Parecer nº 6.478/2021 (DOC.5 – fls. 89/91)**, que modificou o entendimento apresentado no Parecer anterior (nº 3.784/2021), e declarou improcedente a impugnação à exclusão do SIMPLES NACIONAL apresentada pelo contribuinte, **o que lhe trouxe como consequência a exclusão deste regime simplificado a partir de 01/01/2017.**

A partir deste ponto, entende a defesa que foi instaurada uma verdadeira confusão processual, pois o Auto de Infração sob defesa, lavrado em 21/09/2021, apresenta de maneira muito clara na sua descrição que o fim da vigência da Impugnante no SIMPLES NACIONAL se deu em 30/09/2019, tendo como motivo o ‘EXCESSO DE RECEITA’ e, numa data posterior – 28/09/2021 – foi emitido o Parecer nº 6.478/2021, que a excluiu do regime simplificado a partir de janeiro de 2017, tendo como motivo a ‘PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA’.

Observa-se, assim, que o Parecer nº 6.478/2021, emitido pela SEFAZ/BA em data posterior a lavratura do Auto de Infração, alterou as características da cobrança realizada deste Auto, pois de acordo com o Parecer nº 6.478/2021 a Impugnante estaria excluída do SIMPLES NACIONAL **desde janeiro/2017**, tendo como justificativa a ‘PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA’, enquanto que no Auto de Infração o fim da vigência do regime simplificado **se deu em 30/09/2019**, sendo apresentada outra justificativa para a sua exclusão: o ‘EXCESSO DE RECEITA’.

Dessa forma, para a defendente não faz qualquer sentido dar prosseguimento a análise do presente Auto de Infração, já que ocorreu um fato superveniente e totalmente vinculado ao objeto da Infração 01, que foi a emissão do Parecer nº 6.478/2021, que retroagiu a data de exclusão do regime do SIMPLES NACIONAL para 01/01/2017 ao invés de 01/10/2019, como consta no Auto de Infração, e, mais relevante ainda, alterou o motivo da exclusão de ‘EXCESSO DE RECEITA’, constante no Auto de Infração, para ‘PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA’, constante no Parecer nº 6.478/2021, o que modifica os critérios de análise e quantificação dos valores calculados no Auto de Infração.

Assim, com a emissão do Parecer nº 6.478/2021 pela SEFAZ, posterior à lavratura do Auto de Infração aqui discutido, **este se torna inócuo, devendo ser considerado nulo.**

Considerar válido o presente Auto de Infração significa, na prática, que existem duas datas distintas para o fim do enquadramento da Impugnante no regime do SIMPLES NACIONAL, a de 31/12/2016, pelo Parecer nº 6.478/2021, e a de 30/09/2019, pelo Auto de Infração ora combatido, o

que, para a defesa, não faz o menor sentido, devendo, portanto, ser declarada a nulidade do Auto de Infração.

Por tudo que foi até aqui exposto, o contribuinte entende que existem dois aspectos insanáveis de natureza formal que precisam ser levados em consideração no julgamento deste Auto de Infração, que são:

1 – A falta da lavratura do Termo de Exclusão do SIMPLES NACIONAL para o exercício de 2019, o que possibilitaria à Impugnante apresentar a impugnação ao referido termo de exclusão, conforme consta no artigo 328, do RICMS/BA; e

2 – A emissão do Parecer nº 6.478/2021 pela SEFAZ, posterior à lavratura do Auto de Infração aqui discutido, que, na prática, modificou a data de exclusão do regime do SIMPLES NACIONAL constante no Auto de Infração, de 30/09/2019 para 01/01/2017, e, mais relevante ainda, alterou o motivo da exclusão de 'EXCESSO DE RECEITA', constante no Auto de Infração, para 'PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA', o que influencia nos critérios de análise do cômputo da receita bruta anual.

Ao ingressar nas questões de mérito o contribuinte discorreu, de início, acerca da **ILEGALIDADE NA EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL REALIZADA NO MÊS DE SETEMBRO/2019**.

De acordo com a legislação que trata do SIMPLES NACIONAL, sobretudo a Resolução CGSN (Conselho Gestor do Simples Nacional) nº 140/2018, a empresa somente poderá ser desenquadrada deste regime no âmbito estadual dentro do mesmo exercício caso a sua receita bruta acumulada no ano-calendário ultrapasse o sublimite estabelecido de R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais) acrescido do percentual de 20% (vinte por cento) deste sublimite, o que corresponde, na prática, a uma receita bruta acumulada no ano de R\$ 4.320.000,00 (quatro milhões e trezentos e vinte mil reais).

Portanto, até que se atinja esse total de receita, de R\$ 4.320.000,00, no ano-calendário, o desenquadramento do SIMPLES NACIONAL somente poderia ocorrer no exercício seguinte. Caso se atinja esse valor, o desenquadramento ocorre a partir do mês subsequente àquele cujo total foi alcançado, conforme dispõe a legislação abaixo reproduzida (**Resolução CGNS nº 140/2018**).

Resolução CGSN nº 140/2018

Art. 12. Caso a receita bruta acumulada pela empresa no ano-calendário ultrapasse quaisquer dos sublimites previstos no caput e § 1º do art. 9º, o estabelecimento da EPP localizado na unidade da federação cujo sublimite for ultrapassado estará impedido de recolher o ICMS e o ISS pelo Simples Nacional, ressalvado o disposto nos §§ 2º a 4º. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 3º, § 15, e art. 20, § 1º)

§ 1º Os efeitos do impedimento previsto no caput ocorrerão: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 20, §§ 1º e 1º-A)

I - a partir do mês subsequente àquele em que o excesso da receita bruta acumulada no ano for superior a 20% (vinte por cento) dos sublimites previstos no art. 9º;

II - a partir do ano-calendário subsequente àquele em que o excesso da receita bruta acumulada não for superior a 20% (vinte por cento) dos sublimites previstos no art. 9º.

Assim, a questão fundamental para se saber em qual momento deve haver o desenquadramento do regime simplificado é observar qual a receita acumulada em cada mês do ano-calendário sob análise, cuja verificação pode ser feita através das declarações mensais do SIMPLES NACIONAL (PGDAS-D).

A Impugnante apresentou no quadro abaixo reproduzido um resumo contendo a receita bruta acumulada dos meses de setembro a novembro de 2019, cujas informações foram obtidas na própria PGDAS-D enviada em cada período, que se encontram em anexo (**DOC.6, fls. 93/101**).

Período	Receita Bruta Acumulada no Ano- Calendário Corrente – R\$	Final da Vigência do SIMPLES NACIONAL
Setembro/2019	3.662.921,05	Dezembro/2019
Outubro/2019	4.248.967,45	Dezembro/2019
Novembro/2019	4.477.961,75	Novembro/2019

Conforme demonstrado, a receita bruta acumulada no mês de setembro/2019, embora tenha ultrapassado o sublimite de R\$ 3.600.000,00, não atingiu o total de R\$ 4.320.000,00, montante que somente foi alcançado em novembro/2019, razão pela qual **o desenquadramento da empresa do regime do SIMPLES NACIONAL somente poderia ocorrer a partir da apuração de dezembro/2019**, conforme artigo 12, § 1º da Resolução CGSN nº 140/2018.

Sendo assim, verifica-se que a Fiscalização se equivocou em considerar como termo final da vigência do benefício o mês de setembro/2019, conforme consta no Auto de Infração, **devendo, portanto, o mês de outubro/2019 ser excluído do levantamento fiscal, já que esse mês ainda se encontrava na sistemática de apuração do SIMPLES NACIONAL.**

Ressaltou mais à frente que o próprio extrato do SIMPLES NACIONAL – PGDAS-D, anexado ao processo, demonstra no **Campo 3 – Informações dos Estabelecimentos – valores referentes às Receitas Informadas**, que a Impugnante não se encontrava impedida, em outubro/2019, de recolher o ICMS através da guia do SIMPLES NACIONAL (DAS).

Requeru neste tópico a improcedência da inclusão do mês de outubro/2019 no Auto de Infração.

No tópico seguinte a defendente passou a discorrer sobre a desnecessidade de refazimento da escrita fiscal - apuração do ICMS realizada pelo regime da conta corrente fiscal desde dezembro/2019.

Conforme já mencionado no item anterior, a Impugnante havia sido desenquadrada do SIMPLES NACIONAL a partir de dezembro/2019, período em que passou a apurar o ICMS através da sistemática da conta corrente fiscal (débitos menos créditos).

Assim sendo, não haveria uma razão lógica para que a Fiscalização refizesse a escrita fiscal da Impugnante a partir de dezembro/2019, como se no regime do SIMPLES NACIONAL estivesse englobando todo o exercício de 2020, já que, **em todo este período, a sua apuração já estava sendo realizada fora do regime do SIMPLES NACIONAL.**

Nesse contexto, se a Impugnante passou a adotar a sistemática da conta corrente fiscal desde dezembro/2019, enviando, inclusive, as suas informações mensais através das respectivas DMAs, conforme amostragem em anexo (**DOC.7 – fls. 103/110**), torna-se desnecessário o refazimento da escrita fiscal em “bases presumidas”, bastando apenas realizar a auditoria fiscal convencional, aplicável aos contribuintes sujeitos ao regime normal, para se atestar a veracidade das informações escrituradas.

Portanto, considerando que no exercício de 2020 a Fiscalização apontou valores a recolher nos meses de janeiro e outubro, a Impugnante apresentou em anexo à peça de defesa (**DOC.8 – fls. 112/117**) a apuração do ICMS realizada nesses dois meses juntamente com o espelho da guia de recolhimento do imposto, obtido da página da SEFAZ/BA, onde consta, inclusive o código de receita 806 – ICMS REGIME NORMAL INDÚSTRIA.

Da análise dessa documentação acostada aos autos pode ser observado que a apuração foi realizada em conformidade com a legislação aplicável aos contribuintes enquadrados no regime normal de apuração, contendo as entradas e saídas por CFOP e a apuração do ICMS do mês, não sendo, portanto, razoável o refazimento da escrita fiscal em “bases presumidas”, como fez o fisco.

Requer a Impugnante que seja desconsiderada a escrita fiscal montada em bases estimadas pela Fiscalização em 2020, e, como consequência direta, requer que os valores cobrados relativos aos meses de janeiro e outubro de 2020 sejam considerados improcedentes, já que o

ICMS relativo a esses meses foi apurado e recolhido em conformidade com a legislação estadual vigente.

No tópico seguinte a defesa tratou do que chamou de erros verificados na escrita fiscal elaborada pela fiscalização nos meses de outubro/2019, janeiro/2020 e outubro/2020.

Informou de início que não sendo acatado o pedido de nulidade descrito no item II desta impugnação e nem os pedidos de improcedência descritos nos itens III e IV, desta defesa, a Impugnante irá demonstrar a seguir que a escrita fiscal elaborada pela Fiscalização relativa aos três meses autuados (outubro/2019, janeiro/2020 e outubro/2020) apresentou erros na sua elaboração, o que impactou diretamente no cálculo do imposto a recolher. Cada um desses períodos será analisado individualmente, conforme descrito a seguir.

OUTUBRO/2019

Neste mês, a Fiscalização apurou uma insuficiência de recolhimento de ICMS no valor de R\$ 59.734,77. Tal montante foi calculado considerando o ICMS debitado nas saídas abatido dos valores creditados e os valores recolhidos no mês.

Foi verificado, entretanto, que tanto os valores creditados quanto os recolhidos foram lançados a menor neste demonstrativo, o que causou um aumento do saldo a recolher.

Em relação aos valores creditados, que somaram R\$ 25.091,16, verificou-se que a Fiscalização não considerou diversas notas fiscais passíveis de creditamento, conforme relação em anexo (DOC. 9 – fls. 119/162), o que diminuiu o valor dos créditos da empresa.

Conforme demonstrado na planilha anexada na peça defensiva, o total dos créditos da Impugnante em outubro/2019 seria de **R\$ 29.247,25**, superior, portanto, ao valor levantado pelo fisco, o que resulta no ajuste a ser feito de **R\$ 4.156,09** no total dos créditos do mês.

Já em relação ao valor recolhido de ICMS relativo ao período de apuração de outubro/2019, a Fiscalização considerou indevidamente o total de R\$ 13.017,16 no seu demonstrativo, pois, conforme verificado no documento gerado pela SEFAZ/BA denominado ‘Relação DAEs – ANO 2019’, em anexo (DOC. 10 – fl. 164), **este valor refere-se ao mês de competência setembro/2019**. O valor efetivamente recolhido referente ao fato gerador outubro/2019 foi de **R\$ 21.674,29**, conforme documento anexo, o que resulta num ajuste de **R\$ 8.657,13** a ser feito no levantamento fiscal.

Pelo exposto, considerando o ajuste relativo aos créditos fiscais apurados a menor, de **R\$ 4.156,09**, e também o ajuste do valor recolhido informado a menor, de **R\$ 8.657,13**, o total apurado em outubro/2019 seria reduzido de **R\$ 59.734,77** para **R\$ 46.921,55**.

JANEIRO/2020

Neste mês, a Fiscalização apurou uma insuficiência de recolhimento de ICMS no valor de R\$ 17.270,69. Ocorre, que neste mês a empresa já apurava o ICMS pelo regime da conta corrente fiscal, conforme demonstrado no item IV da peça de defesa. Inclusive já se encontra anexada aos autos (DOC. 8 - fls. 112/117), a apuração do ICMS de janeiro/2020 junto com a respectiva guia de recolhimento.

Verifica-se que o valor recolhido relativo ao mês de janeiro/2020 corresponde a **R\$ 34.627,03**, tendo o fisco, indevidamente, informado no seu demonstrativo o valor recolhido de **R\$ 13.911,03**, que, na verdade, se refere ao fato gerador dezembro/2019, o que gera um ajuste a ser feito no demonstrativo fiscal de **R\$ 20.716,00**.

Assim, ao realizar o ajuste acima no seu demonstrativo, **o saldo final apurado pelo fisco, de R\$ 17.270,69, será modificado para um saldo credor de R\$ 3.445,31 a favor da Impugnante.**

OUTUBRO/2020

Neste mês, a Fiscalização apurou uma insuficiência de recolhimento de ICMS no valor de **R\$ 5.088,54**. Assim, como ocorreu em janeiro/2020, a empresa neste mês de outubro/2020 já apurava o

ICMS pelo regime da conta corrente fiscal, conforme demonstrado no item IV, da peça de defesa, já tendo, inclusive, anexado aos autos (**DOC.8 – fls. 112/117**), a apuração do ICMS de outubro/2020 junto com a respectiva guia de recolhimento.

O valor recolhido relativo no mês de outubro/2020 corresponde a **R\$ 26.955,03**, tendo o fisco, indevidamente, informado no seu demonstrativo o valor recolhido de **R\$ 8.066,77**, que, na verdade, se refere ao fato gerador setembro/2020, o que gera um ajuste a ser feito no demonstrativo fiscal de **R\$ 18.888,26**.

Assim, ao realizar o ajuste acima no seu demonstrativo, **o saldo final apurado pelo fisco, de R\$ 5.088,54, será modificado para um saldo credor de R\$ 13.799,72 a favor da Impugnante.**

Pelo exposto, após a análise individual da conta corrente elaborado pelo fisco dos meses de outubro/2019, janeiro/2020 e outubro/2020, **requer a Impugnante que o demonstrativo elaborado pela Fiscalização seja ajustado para os valores abaixo indicados:**

Outubro/2019 – Saldo Devedor de R\$ 46.921,55

Janeiro/2020 – Saldo Credor de R\$ 3.445,31

Outubro/2020 – Saldo Credor de R\$ 13.799,72

Ao finalizar a peça impugnatória o contribuinte apresentou os seguintes pedidos:

1 - requer inicialmente a nulidade do Auto de Infração, pelos dois motivos abaixo indicados e devidamente demonstrado nos autos:

1.1 – Falta da lavratura do Termo de Exclusão do SIMPLES NACIONAL para o exercício de 2019, o que possibilitaria à Impugnante apresentar a impugnação ao referido termo de exclusão, conforme consta no artigo 328, do RICMS/BA; e

1.2 – Emissão do Parecer nº 6.478/2021 pela SEFAZ, posterior à lavratura do Auto de Infração aqui discutido, que, na prática, modificou a data de exclusão do regime do SIMPLES NACIONAL constante no Auto de Infração, de 30/09/2019 para 01/01/2017, e, mais relevante ainda, alterou o motivo da exclusão de 'EXCESSO DE RECEITA', constante no Auto de Infração, para 'PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA', o que influencia nos critérios de análise do cômputo da receita bruta anual.

2 - Adicionalmente, requer a improcedência da inclusão do mês de outubro/2019 no Auto de Infração, pois o desenquadramento da empresa do regime do SIMPLES NACIONAL somente poderia ocorrer a partir da apuração de dezembro/2019, conforme artigo 12, § 1º, da Resolução CGSN nº 140/2018.

3 - Posteriormente, requer que seja desconsiderada a escrita fiscal montada em “bases estimadas” pela Fiscalização em 2020, e, como consequência direta, pede **que os valores cobrados relativos aos meses de janeiro e outubro de 2020 sejam considerados improcedentes**, já que o ICMS relativo a esses meses foi apurado e recolhido em conformidade com a legislação estadual vigente.

4 - Por fim, não sendo acatado o pedido de nulidade descrito no item II, desta impugnação e nem os pedidos de improcedência descritos nos itens III e IV, desta defesa, requer que o demonstrativo elaborado pela Fiscalização seja ajustado para os valores abaixo indicados:

Outubro/2019 – Saldo Devedor de R\$ 46.921,55

Janeiro/2020 – Saldo Credor de R\$ 3.445,31

Outubro/2020 – Saldo Credor de R\$ 13.799,72

Prestada INFORMAÇÃO FISCAL em 25/11/2021, peça processual anexada ao PAF entre as fls. 168 a 170 dos autos.

Inicialmente ressaltou que a Auditoria resultou do procedimento de fiscalização sumária e que por esse motivo não cabe a feitura de auditoria fiscal contábil como requerido pelo contribuinte.

No item II, referente às nulidades suscitadas pela defesa, diferentemente do alegado, o Auto de infração atende ao disposto no art. 142 do CTN – Código Tributário Nacional, norma que foi transcrita na peça informativa.

Discorreu, ainda, que inexistem erros formais ou materiais na peça de lançamento e que o fim de vigência do Simples Nacional consta do documento de fls. 10 (30/09/2019) considerando, conforme descrito no auto de infração (fl. 01), a data de 01/01/2017, quando se produziam os efeitos da exclusão da empresa do Simples Nacional, conforme decisão da autoridade fiscal - fl. 47 e doc. 5, fl. 91.

Quanto ao motivo da exclusão e da consequente fiscalização que decorre de ato da Administração Tributária, a quem está vinculado o servidor Auditor: informou que o motivo não tem relevância, seja a exclusão do Simples Nacional, por ato de ofício ou por Participação societária. Ressaltou ainda que a autuação é decorrente do pleno exercício de atividade plenamente vinculada por emissão de Ordem de Serviço informada no documento de fls. 07 e 08, com ciência expressa da empresa autuada.

Acerca do que chamou **“preterição do direito de defesa”** da exclusão do Simples Nacional e da inação da autoridade fazendária conforme consta do art. 328 do RICMS/BA, disse o autuante nada ter a comentar acerca desta questão, que por ser matéria de direito está afeta ao CONSEF.

Destacou em seguida que o procedimento de lavratura do A.I. não pulou nenhuma etapa do processo de defesa da Impugnante. Como informado, cada servidor é responsável por suas tarefas. O processo de análise da Impugnação da Exclusão da empresa do Simples Nacional é de competência exclusiva da autoridade citada no art. 328 do RICMS/BA.

Quanto a não superação da receita para permanecer enquadrada no Simples Nacional, o autuante referenciou na peça informativa o documento de fls. 89 a 91 que alertou ser do conhecimento da autuada, contendo os fundamentos da exclusão do referido regime simplificado de apuração do ICMS.

Quanto a cronologia da autuação citou a fl. 60 dos autos, dizendo não ter nada a opor e que os pareceres referidos doc. 05 da peça defesa são os mesmos documentos que servem de base para a autuação - fls. 41 a 48. A autoridade citada no art. 328 do RICMS/BA, concluiu pela exclusão da autuada do regime do Simples Nacional retroativa a 01/01/2017, e a fiscalização seguiu o protocolo do INC, fl. 37. Por todos esses motivos inexistente nulidade do Auto de Infração.

Item III, da defesa que faz referência à ilegalidade da exclusão da empresa do simples nacional no mês de setembro de 2019, por ser questão meramente de direito está afeta ao CONSEF.

Na sequência o autuante contestou o quadro resumo apresentado pela defesa a fl. 63, vez que descabe, segundo a sua avaliação, apreciar a autuação a partir dos valores das receitas brutas acumuladas. Foram considerados os documentos de fls. 11 a fls. 33, todos com origem nas receitas declaradas pela autuada através do PGDASD, assinados eletronicamente e com validade jurídica, migrados para a planilha de fl. 04, que segundo a Auditoria não foram contestadas pela defesa.

No Item IV da peça de defesa, afirmou o autuante que não haveria razão lógica para a fiscalização refazer a escrita fiscal da impugnante a partir de dezembro/2019, como se não estivesse inserida no regime do Simples Nacional. A alegação defensiva de que em todo exercício de 2020, a apuração empresarial já estava sendo realizada fora do regime do Simples Nacional não procede e as declarações apresentadas fls. 11 a fls. 33 demonstram o contrário. Por essas razões impugnou os documentos de número 6 fls. 92 a fls. 165.

Ao final o autuante declarou mais uma vez que a sua atividade é plenamente vinculada à lei, REQUERENDO que a autuação seja integralmente mantida com a declaração de PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Na assentada de julgamento do dia 25 de janeiro de 2022 o PAF foi convertido em diligência para execução por auditor fiscal estranho ao feito, ocasião em que foram formulados os quesitos abaixo reproduzidos, além de outras providências:

QUESITOS:

1 – No tocante ao tópico IV da peça de defesa (fls. 64 a 65), denominado de “DA DESNECESSIDADE DE REFAZIMENTO DA ESCRITA FISCAL – APURAÇÃO DO ICMS REALIZADA PELO REGIME DO CONTA CORRENTE FISCAL DESDE DEZEMBRO DE 2019” - verificar na conta corrente fiscal da empresa autuada e nos documentos que lhe dão suporte se a mesma passou a apurar o ICMS dentro da sistemática **débito vs crédito (apuração normal)**, conforme documentos juntados à fl. 103 a 110 - DMAs (doc. 07 da impugnação empresarial) e cópias do Registro de Apuração e espelhos das guias de pagamento do ICMS (doc. 08 da peça defensiva – fls. 112 a 117 dos autos). Constatada a veracidade das alegações defensivas e os valores apurados pela defesa, repercutir os mesmos na quantificação do imposto lançado no Auto de Infração, considerando ainda que o autuante não acatou na fase de informação fiscal a referida documentação.

2 – No que se refere ao tópico V da peça defensiva (fls. 65 a 68), denominado de “DOS ERROS VERIFICADOS NA ESCRITA FISCAL ELABORADA PELA FISCALIZAÇÃO NOS MÊSES DE OUTUBRO/2019, JANEIRO/2020 E OUTUBRO/2020”, verificar na conta corrente fiscal da empresa autuada e nos documentos que lhe dão suporte, se os erros de quantificação dos créditos fiscais e dos valores recolhidos, apontados no referido tópico, procedem, considerando ainda a base documental apresentada pelo contribuinte na impugnação (docs. 08, 09 e 10 – fls. 112 a 164 dos autos). Constatada a veracidade das alegações defensivas e os valores apurados pela defesa, repercutir os mesmos na quantificação do imposto lançado no Auto de Infração, considerando ainda que o autuante não acatou na fase de informação fiscal a referida documentação.

3 – Elaborar novo Demonstrativo de Débito, no mesmo formato do Auto de Infração, caso ocorram alterações nos valores dos débitos lançados.

4 – Concluídas as etapas acima o órgão de preparo da INFAZ deverá dar ciência do Termo de Diligência e do subsequente Parecer Técnico, incluindo os novos demonstrativos, ao autuado e ao seu defensor constituído nos autos, e o autuante, para que possam apresentar Manifestação, se assim desejarem, devendo ser concedido o prazo de 10 (dez), dias, conforme estabelecido no art. 149-A, do RPAF/99.

5 – Por último o processo deverá retornar para esta 5ª JF visando a continuidade da instrução do feito e o subsequente julgamento da lide.

O PAF foi remetido para a Inspetoria de Vitória da Conquista, a cargo do Auditor Fiscal estranho ao feito (A.F. Alan Roberto Dias), designado para cumprir a diligência determinada por esta 5ª JF.

No Parecer Fiscal, acostado aos autos entre as fls. 192 a 194 e correspondentes anexos, o revisor, ao responder aos questionamentos formulados por esta Relatoria declarou que:

Quesito 1 – o contribuinte autuado efetivamente encontrava-se apurando o ICMS dentro da sistemática de débitos e créditos (**regime normal**), no período de dezembro de 2019 a dezembro de 2020. Os pagamentos efetuados no período se deram com o código 0806 (ICMS NORMAL - INDÚSTRIA) ou através de denúncia espontânea. Acrescentou que além da apuração normal, a empresa enviou as EFDs para a SEFAZ-Ba, refletindo exatamente a apuração do ICMS informada nas DMAs. Refez a conta corrente do imposto com a utilização do sistema de fiscalização SIAF. Concluiu que após revisão da conta corrente da empresa, a repercussão no lançamento seria ausência de cobranças nos meses de janeiro e outubro de 2020.

Quesito 2 – No tocante ao mês de outubro/2019 disse ser entendimento comum que neste período o imposto deveria ser apurado pelo Regime do Simples Nacional. Constatada a veracidade dos lançamentos efetuados pelo contribuinte, e considerando a apuração do imposto pelo regime

normal, houve repercussão no tocante ao valor lançado no Auto de Infração, sendo reduzida a cobrança de R\$ 59.734,77 para R\$ 46.941,55.

Quesito 3 – Apresentado pelo revisor demonstrativo de débito nos mesmos moldes do Auto de Infração, com a inclusão do mês de novembro de 2019, contendo as seguintes totalizações:

Outubro/2019 – R\$ 46.941,55;

Novembro/2019 – R\$ 7.059,94;

Janeiro/2020 – R\$ 0,00;

Outubro/2020 – R\$ 0,00.

Juntados no Parecer Fiscal os seguintes documentos (fls. 195 a 210): Demonstrativo da Conta Corrente Fiscal pelo regime normal (out/19 a dez/20); conta corrente obtida através da EFD apresentada pela empresa à SEFAZ-Ba; cópias das DMAS do período de out/19 a dez/20; relação de DAES recolhidos nos exercícios de 2019 e 2020; mídia digital contendo os arquivos em formato eletrônico gerados na revisão fiscal.

O contribuinte após ser cientificado do Parecer Fiscal resultante da diligência, ingressou com Manifestação Defensiva, datada de 03/09/2022, através da peça processual juntada aos autos, entre as fls. 215 a 224, subscrita por procurador, devidamente habilitado através de instrumento de representação (doc. fl. 225).

Inicialmente a defesa fez uma síntese das alegações articuladas na peça impugnatória e transcreveu os quesitos formulados no pedido de diligência.

Acerca das respostas aos quesitos de diligência declarou que:

- 1) **Quesito 01** - A manifestação da impugnante foi no sentido de concordar, na íntegra, com o resultado apresentada pelo revisor fiscal, ou seja, a exclusão das cobranças lançadas nos meses janeiro e outubro de 2020;
- 2) **Quesito 02** – A manifestação da impugnante foi no sentido de concordar, na íntegra, com o resultado apresentado pelo revisor fiscal, ou seja, com a redução do valor lançado no mês de outubro/2019 de R\$ 59.734,77 para R\$ 46.941,55;
- 3) **Quesito 03** - A manifestação da impugnante foi no sentido de concordar apenas parcialmente com a análise e o demonstrativo elaborado pelo revisor fiscal. O ponto de discordância residiu na inclusão do mês de novembro/2019, período não contemplado na autuação original.

Por fim, a defesa reiterou os pedidos formulados na petição inicial, envolvendo os tópicos a seguir resumidos:

a) **Nulidade do Auto de Infração em razão de:**

- a.1) falta de lavratura de Termo de Exclusão do Simples Nacional para o exercício de 2019;
- a.2) por Emissão do Parecer nº 6.478/2021 pela SEFAZ-Ba, posterior à lavratura do Auto de Infração, que modificou a data de exclusão do Simples Nacional de 30/09/2019 para 01/01/2017, alterando também o motivo da exclusão de “EXCESSO DE RECEITA”, constante do A.I. para “PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA”, fato a afetar os critérios de análise do cômputo da receita bruta anual;

b) **Improcedência da cobrança lançada no mês de outubro de 2019**, por desenquadramento da empresa do Simples nacional que somente poderia ocorrer a partir da apuração do mês de dezembro de 2019, conforme art. 12, § 1º da Resolução CGSN nº 140/2018;

c) Por fim, a defesa pede que seja desconsiderada a escrita fiscal montada em bases estimadas para a fiscalização de 2020, com a consequente exclusão das cobranças relativas aos meses de janeiro e outubro. Requer, portanto, que sejam declaradas improcedentes essas exigências.

Novo Informativo Fiscal é prestado nos autos, apensado entre as fls. 233/234. É manifestada a discordância quanto ao pedido empresarial de exclusão do mês de novembro/2019, cujos valores foram apurados na diligência e que alcançam o período conferido à fiscalização, através da Ordem de Serviço (OS), que abrangeu o intervalo entre 01/01/2016 a 31/12/2020. A Auditoria formulou pedido no sentido da PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, nos valores quantificados na revisão fiscal, frente as correções ali efetuadas que atendem grande parte dos reclamos defensivos.

Em despacho exarado à fl. 236 deste PAF, datado de 28/10/2022, após avaliação dos elementos existentes neste processo, concluí que o mesmo se encontra em condições de ser inserido na pauta de julgamento.

Apresento na sequência o meu voto.

É o relatório.

VOTO

O Auto de Infração em lide foi lavrado para exigir ICMS no valor principal de R\$ 82.094,00, em razão do contribuinte, no mês de outubro de 2019 e nos meses de janeiro e outubro de 2020, ter sido desenquadrado, de ofício, pela autoridade fiscal do regime de apuração do Simples Nacional. O motivo do desenquadramento apontado na ação fiscal foi o contribuinte ter extrapolado o limite de faturamento estabelecido para as empresas de pequeno porte (EPP), no acumulado de janeiro a setembro de 2019, tudo conforme detalhamento exposto no Relatório, parte integrante e inseparável do presente Acórdão.

A defesa suscitou nulidades do lançamento fiscal afirmando que:

1 - Não houve, no procedimento fiscal, a prévia lavratura do **Termo de Exclusão do SIMPLES NACIONAL, para o exercício de 2019**, em razão do excedente de receita acumulada, ato que possibilitaria ao contribuinte apresentar a sua impugnação à referida exclusão, conforme consta no **artigo 328, do RICMS/BA**, caracterizando, assim, **preterição do direito de defesa, retirando-se, de forma ilegal, uma etapa necessária do processo de desenquadramento**;

2 – Após a lavratura do Auto de Infração em lide, a SEFAZ/BA, emitiu o **Parecer nº 6.478/2021 (DOC.5 – fls. 89/91)**, que modificou o entendimento apresentado no Parecer anterior (**nº 3.784/2021**), e declarou improcedente a anterior impugnação à exclusão do SIMPLES NACIONAL apresentada pelo contribuinte para os fatos relacionados ao exercício de 2016, **o que lhe trouxe como consequência a exclusão da empresa do regime simplificado, a partir de 01/01/2017**. Para a defendente não faz qualquer sentido dar prosseguimento a análise do presente Auto de Infração, já que ocorreu um fato superveniente e totalmente vinculado ao objeto da **Infração 01**, que foi a emissão do **Parecer nº 6.478/2021**, que retroagiu à data da exclusão anterior ao regime do SIMPLES NACIONAL, produzindo efeitos a partir de 01/01/2017, ao invés de 01/10/2019, como consta no Auto de Infração. Mais relevante ainda, alterou o motivo da exclusão de 'EXCESSO DE RECEITA', constante no Auto de Infração, para 'PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA EM OUTRA PESSOA JURÍDICA', conforme fundamentação apresentada no **Parecer nº 6.478/2021**. Assim, para a defesa, com a emissão do **Parecer nº 6.478/2021** pela SEFAZ-Ba, posterior à lavratura do Auto de Infração aqui discutido, **este se torna inócuo, devendo o presente lançamento ser considerado nulo**.

No mérito, caso não sejam acolhidas as preliminares de nulidade, o contribuinte formulou os seguintes pedidos:

- a) **improcedência da cobrança relacionada ao mês de outubro/2019 no Auto de Infração**, pois o desenquadramento da empresa do regime do SIMPLES NACIONAL somente poderia ocorrer a partir da apuração de dezembro/2019, conforme artigo 12, § 1º da Resolução CGSN nº 140/2018, e considerando o quadro resumo de faturamento acumulado no exercício de 2019, descrito abaixo:

Período	Receita Bruta Acumulada no Ano- Calendário Corrente - 2019 – R\$	Final da Vigência do SIMPLES NACIONAL
Setembro/2019	3.662.921,05	Dezembro/2019
Outubro/2019	4.248.967,45	Dezembro/2019
Novembro/2019	4.477.961,75	Novembro/2019

- b) Pede também a improcedência das cobranças relativas aos meses de janeiro e outubro do exercício de 2020, visto que o refazimento da escrita fiscal pela Auditoria foi estruturado em bases estimadas ou presumidas, e a empresa, desde dezembro de 2019, já efetuada a apuração e recolhimento do ICMS na sistemática normal (**débitos e créditos**), não havendo razão que justificasse a reapuração do imposto pelo mesmo regime normal. Seria cabível, nestes meses, a aplicação dos roteiros de auditoria fiscal-contábil aplicáveis às empresas que apuram o ICMS de acordo com o regime da conta corrente fiscal, mas a fiscalização assim não procedeu.

Passaremos inicialmente a enfrentar as nulidades suscitadas pelo contribuinte na peça defensiva.

No tocante à exclusão do contribuinte do regime de Simples nacional, através da lavratura de Auto de Infração, com o refazimento, no curso da ação fiscal, da conta corrente do ICMS, pela sistemática de apuração normal (débito vs. créditos), observo que a Auditoria deixou de atender os procedimentos estabelecidos nos arts. 326, 327 e 328 do RICMS-Ba (Decreto nº 13.780/2012), c/c com as disposições da Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN) nº 140/2018, especialmente as regras positivadas no art. 83 e correspondentes parágrafos desta última norma.

Considerando a especificidade das disposições normativas acima mencionadas, transcreveremos abaixo o inteiro teor das mesmas (**negritos para destacar os trechos mais importantes**):

RICMS-Ba:

Art. 326. A exclusão do Simples Nacional será feita de ofício ou mediante comunicação da microempresa ou da empresa de pequeno porte, na forma determinada em resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional.

Art. 327. Na hipótese de exclusão de ofício, será expedido termo de exclusão e o contribuinte será comunicado da exclusão nos termos do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09 de julho de 1999.

Art. 328. 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.

Resolução CGSN nº 140/2018;

Art. 83. A competência para excluir de ofício a ME ou a EPP do Simples Nacional é: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 5º; art. 33)

I - da RFB;

II - das secretarias estaduais competentes para a administração tributária, segundo a localização do estabelecimento; e (**Redação dada pelo(a) Resolução CGSN nº 156, de 29 de setembro de 2020**)

III - dos Municípios, tratando-se de prestação de serviços incluídos na sua competência tributária.

§ 1º Será expedido termo de exclusão do Simples Nacional pelo ente federado que iniciar o processo de exclusão de ofício. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 3º)

§ 2º Será dada ciência do termo de exclusão à ME ou à EPP pelo ente federado que tenha iniciado o processo de exclusão, segundo a sua respectiva legislação, observado o disposto no art. 122. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 16, § 1º-A a 1º-D; art. 29, §§ 3º e 6º)

§ 3º Na hipótese de a ME ou a EPP, dentro do prazo estabelecido pela legislação do ente federado que iniciou o processo, impugnar o termo de exclusão, este se tornará efetivo quando a decisão definitiva for desfavorável ao contribuinte, com observância, quanto aos efeitos da exclusão, do disposto no art. 84. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 39, § 6º)

§ 4º Se não houver, dentro do prazo estabelecido pela legislação do ente federado que iniciou o processo, impugnação do termo de exclusão, este se tornará efetivo depois de vencido o respectivo prazo, com observância, quanto aos efeitos da exclusão, do disposto no art. 84. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 3º; art. 39, § 6º)

§ 5º A exclusão de ofício será registrada no Portal do Simples Nacional na internet, pelo ente federado que a promoveu, após vencido o prazo de impugnação estabelecido pela legislação do ente federado que iniciou o processo, sem sua interposição tempestiva, ou, caso interposto tempestivamente, após a decisão administrativa definitiva desfavorável à empresa, condicionados os efeitos dessa exclusão a esse registro, observado o disposto no art. 84. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 3º; art. 39, § 6º)

§ 6º Fica dispensado o registro previsto no § 5º para a exclusão retroativa de ofício efetuada após a baixa no CNPJ, condicionados os efeitos dessa exclusão à efetividade do termo de exclusão na forma prevista nos §§ 3º e 4º. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 3º)

§ 7º Ainda que a ME ou a EPP exerça exclusivamente atividade não incluída na competência tributária municipal, se tiver débitos perante a Fazenda Pública Municipal, ausência de inscrição ou irregularidade no cadastro fiscal, o Município poderá proceder à sua exclusão do Simples Nacional por esses motivos, observado o disposto nos incisos V e VI do caput e no § 1º, todos do art. 84. (Lei Complementar nº 123, art. 29, §§ 3º e 5º; art. 33, § 4º)

§ 8º Ainda que a ME ou a EPP não tenha estabelecimento em sua circunscrição o Estado poderá excluí-la do Simples Nacional se ela estiver em débito perante a Fazenda Pública Estadual ou se não tiver inscrita no cadastro fiscal, quando exigível, ou se o cadastro estiver em situação irregular, observado o disposto nos incisos V e VI do caput e no § 1º, todos do art. 84. (Lei Complementar nº 123, art. 29, §§ 3º e 5º; art. 33, § 4º)

No caso concreto, conforme destacamos linhas acima, não houve por parte da Auditoria o cumprimento do rito previsto no RICMS-Ba e na Resolução CGSN nº 140/2018.

A exclusão do contribuinte do regime do Simples Nacional, motivado na extrapolação do limite receita bruta no ano de 2019, por meio de lavratura de Auto de Infração, não tem previsão nas normas que regem o sistema simplificado de apuração de tributos instituído pela Lei Complementar 123/2006. Em decorrência, o ato de lançamento para o fato gerador do mês de outubro/2019 é nulo, posto que uma das etapas para o desenquadramento, através da lavratura do Termo de Exclusão, com a consequente abertura de prazo de impugnação em favor do contribuinte, não foi cumprida pela Administração.

Configurado, portanto, o cerceamento ao direito de defesa do sujeito passivo, além de violação ao devido processo legal, resultando em nulidade do lançamento fiscal com base no que dispõe o art. 18, inc. II do RPAF/99 (Dec. nº 7.629/99), que apresenta a seguinte redação:

Art. 18. São nulos:

(...)

II - os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa;

Trata-se, portanto de nulidade formal.

Ainda em relação ao imposto lançado no mês de outubro/2019, consta nos autos cópia reprográfica do **Parecer nº 6.478, de 28/09/2021 (DOC.5 do PAF – fls. 89/91)**, que em exame de impugnação do contribuinte no procedimento específico, confirmou a exclusão da empresa autuada do regime de apuração do ICMS do Simples Nacional, com efeitos a partir de 01/01/2017, em razão da sua participação societária no capital de outra pessoa jurídica, incidindo na regra contida no art. 15, inc. II da Resolução do CGSN nº 94/2011.

Trata-se de fato superveniente à presente autuação, baseada em motivação distinta daquela que integrou o presente lançamento de ofício, razão pela qual o ato de desenquadramento, confirmado em 2021, motivado em participação societária em outra pessoa jurídica não pode servir de lastro a manter a exigência fiscal do mês de outubro de 2019 lançada no Auto de Infração sob judice neste tribunal administrativo. Por esta razão, recomenda-se a renovação da ação fiscal, a fim de que, em relação ao período compreendido entre 01/01/2017 e 30/11/2019, seja verificado pelo fisco se o contribuinte efetuou corretamente os recolhimentos de ICMS em conformidade

com a regime de apuração do imposto a que tinha direito, segundo as informações existentes no banco de dados da SEFAZ-Ba.

No que se refere às cobranças lançadas nos meses de **janeiro e outubro de 2020**, verifica-se de plano que as mesmas não procedem, visto que a Auditoria refez a apuração do ICMS, em bases estimadas ou presumidas, porém, a empresa autuada, desde dezembro de 2019, já efetuava a apuração e recolhimento do ICMS na sistemática normal (débitos e créditos), mesmo permanecendo enquadrada no Simples Nacional. Insubistente, portanto, a reapuração do imposto pelo regime normal de tributação. Seria cabível, nos referidos meses, tão somente a aplicação dos roteiros de auditoria fiscal-contábil utilizados na fiscalização das empresas que recolhem o ICMS de acordo regime da conta corrente fiscal, mas a fiscalização assim não procedeu.

A exclusão do contribuinte do regime simplificado por ato de lançamento de ofício, no exercício de 2020, além de contrariar disposição expressa de norma tributária vigente no ordenamento jurídico do Estado, se revelou ato inócuo e inoportuno, pois o contribuinte, nos meses de janeiro e outubro, já apurava o imposto pelo regime normal de tributação, fato que foi devidamente atestado na revisão determinada por esta 5ª Junta de Julgamento, conforme Parecer Fiscal exarado nos autos entre as 192 a 194.

Logo, improcedem as cobranças lançadas nos meses de janeiro e outubro de 2020, motivado no desenquadramento da empresa do Regime de Apuração do Simples Nacional por excesso de receita.

Ante o acima exposto, nosso voto é pela **NULIDADE** da cobrança lançada no mês de **outubro de 2019** e pela **IMPROCEDÊNCIA** das exigências fiscais relacionadas aos fatos geradores dos meses de janeiro e **outubro do exercício de 2020**.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração **nº 222468.0017/21-7**, lavrado contra **SANTA RITA GALVANIZAÇÃO LTDA**.

Recomenda-se a renovação da ação fiscal em relação aos fatos geradores anteriores a dezembro de 2019 atendidas a regras relativas à contagem dos prazos decadenciais.

Sala Virtual de sessões do CONSEF, 17 de novembro de 2022.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – JULGADOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – JULGADOR