

PROCESSO - A. I. N° 300449.0014/23-1
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - GN COMÉRCIO DE PRODUTOS VETERINÁRIOS LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JFJ nº 0154-03/24-VD
ORIGEM - DAT SUL / INFAZ COSTA DO CACAU
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 20/03/2025

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF N° 0028-12/25-VD**

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS. NULIDADE. INSEGURANÇA QUANTO À OCORRÊNCIA DA INFRAÇÃO. Exigência do ICMS antes de qualquer decisão quanto à impugnação de exclusão do Simples Nacional, não há como afirmar, com segurança, se é devido o imposto apurado em conta corrente fiscal, o que implica insegurança quanto à infração apontada, restando configurado que o presente lançamento tributário não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra Decisão que julgou Nulo o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 21/06/2023, em razão da seguinte irregularidade:

***Infração 01 – 02.01.18:** Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros fiscais, nos meses de janeiro a dezembro de 2021, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 124.084,61, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96.*

*Consta, na **Descrição dos Fatos**, que o contribuinte, em 2021, recolheu ICMS como se estivesse enquadrado como Simples Nacional. Acontece que, como demonstra o Extrato INC “Dados Cadastrais”, esteve enquadrado como Simples Nacional de 18/05/2011 até 31/12/2020. Assim, esteve desenquadrado do Simples Nacional durante todo o exercício de 2021 (período fiscalizado). Não recolheu o ICMS que deveria ter sido apurado através de conta corrente fiscal, dentre outras infrações lançadas neste PAF.*

A 3ª JFJ decidiu pela Nulidade do Auto de Infração, por unanimidade, mediante o Acórdão nº 0154-03/24-VD (fls. 25 a 29), com base no voto a seguir transcrito:

“O presente Auto de Infração refere-se à exigência de ICMS, conforme descrição dos fatos efetuada de forma compreensível, tendo sido indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente à irregularidade apurada, o imposto exigido e sua base de cálculo foram apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos.

A Infração 01 trata da falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros fiscais, nos meses de janeiro a dezembro de 2021.

De acordo com a Descrição dos Fatos, o contribuinte, em 2021, recolheu ICMS como se estivesse enquadrado como Simples Nacional. Acontece que, como demonstra o Extrato INC “Dados Cadastrais”, esteve enquadrado como Simples Nacional de 18/05/2011 até 31/12/2020. Assim, esteve desenquadrado do Simples Nacional durante todo o exercício de 2021 (período fiscalizado) e não recolheu o ICMS que deveria ter sido apurado através de conta corrente fiscal.

O Defendente alegou que se encontra em Análise e Emissão de Parecer, o Processo Administrativo Fiscal sob nº SIPRO 020628/2021-6, protocolado em 13/04/2021, contestando a sua exclusão do Simples Nacional em 2021 pela SEFAZ/BA, sob fundamento de que em 2020 o Autuado ultrapassou o valor do sublimite do Estado da Bahia, no caso R\$ 3.600.000,00.

Informou que no referido PAF, fez prova com os livros fiscais de saídas, notas fiscais escrituradas em 2020 e fundamentos legais que não ultrapassou o limite de R\$ 3.600.000,00, sendo a sua Receita Bruta durante o ano de 2020 o valor de R\$ 3.598.527,32. Portanto, inferior ao limite estabelecido nos artigos 19, § 4º e 20, §§ 1º e 1º-A da LC nº 123 combinando com os artigos 9º, § 1º e artigo 12, §§ 1º ao 4º da Resolução CGSN 140/2018.

Disse que a diferença entre os valores apurados em 2020 pela SEFAZ/BA nos diversos sistema de NF-e, NFC-e, no valor de R\$ 3.643.530,99 e a sua receita bruta verdadeira, no valor de R\$ 3.598.527,32 é exatamente as notas fiscais de devolução (vendas canceladas) no mesmo período, no valor de R\$ 45.003,67, com os CFOP 1.202 e 1.411, ou seja, o valor de R\$ 3.643.530,99 (-) R\$ 45.003,67 = R\$ 3.598.527,32, que foi o valor correto da Receita Bruta Anual em 2020, sendo que todas as NF-e foram devidamente escrituradas nos livros de registro de saídas e de entradas.

Informou, ainda, que o cálculo do ICMS em 2021 foi realizado no Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional — PGDAS, recolhendo mensalmente o imposto, conforme recibos e declarações dos PGDAS referentes ao exercício de 2021 e relatório de pagamentos de DAE, extraído do site da própria SEFAZ/BA. Afirmou que é inadmissível cobrar o ICMS por meio de conta corrente fiscal, na condição de regime normal, sem aguardar o desfecho do PAF SIPRO 020628/2021-6.

O Autuante informou que conforme o extrato INC Dados Cadastrais (fl. 18) o Autuado foi desenhado do Simples Nacional em 31/12/2020. Assim, não recolheu o ICMS Normal, no exercício de 2021, já que estava cadastrado como EPP (conta corrente fiscal).

Mencionou a informação do Defendente de que foi protocolado, em 13/04/2021, o processo SIPRO 020628/2021-6, contestando a exclusão do Simples Nacional, com a alegação de que não ultrapassou o limite de R\$ 3.600.000,00.

Esses foram os motivos da autuação e os argumentos da defesa atinentes aos fatos apurados na ação fiscal, sintetizados para melhor entendimento das questões tratadas neste PAF.

Conforme Dados Cadastrais (INC – Informações do Contribuinte desta SEFAZ) à fl. 18 do PAF, o estabelecimento Autuado encontra-se inscrito no Simples Nacional no período de 18/05/2011 a 31/12/2020 e a partir de 01/01/2023, inexistindo qualquer informação quanto à forma de apuração do imposto nos exercícios de 2021 e 2022.

Quanto ao Processo SIPRO 020628/2021-6, consta no Sistema de Protocolo – SIPRO (Acompanhamento de Processos), que o cadastramento foi realizado em 13/04/2021, a partir dessa data, constam vários encaminhamentos e o última tramitação ocorreu em 02/08/2023 (após a lavratura desse AI 21/06/2023), todos os encaminhamentos com o objetivo de “Análise e Emissão de Parecer”. Portanto, inexistente qualquer decisão sobre a impugnação apresentada pelo Contribuinte.

Conforme já relatado, o Auto de Infração trata da falta de recolhimento do ICMS em decorrência de o autuado não ter apurado o imposto pelo regime Normal de Apuração porque, segundo o autuante, estava o contribuinte desenhado do regime Simples Nacional.

Observe que a competência para excluir de ofício ME ou EPP do Simples Nacional é da Receita Federal do Brasil e das Secretarias de Fazenda do Estado ou do Distrito Federal, e em se tratando de prestação de serviços incluídos na competência tributária municipal, a competência será também do respectivo Município, devendo ser expedido o respectivo termo de exclusão do Simples Nacional pelo ente federativo que iniciar o processo de exclusão de ofício.

O RICMS-BA/12, ao dispor acerca da exclusão de ofício do regime do Simples Nacional, assim prevê:

RICMS-BA/2012:

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.

Parágrafo único. No âmbito da DAT Metro, o titular da Coordenação de Processos apreciará a impugnação à exclusão do contribuinte.

Art. 329. 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.

Considerando a legislação acima reproduzida e o princípio da especificidade, a intimação de contribuinte acerca de exclusão de ofício do regime do Simples Nacional possui forma própria prevista no art. 327 do RICMS-BA/2012, e quanto à manutenção da decisão de exclusão, no caso de impugnação produzirá efeitos com o registro no Portal do Simples Nacional, portanto, não se deve aplicar ao caso em análise, determinações genéricas.

Ao se pronunciar sobre a impugnação do contribuinte, se mantida a exclusão, o levantamento de conta corrente fiscal deve ser feito, com a apuração dos créditos e débitos, compensando-se os valores já recolhidos. Nesse caso, entendendo que deve ser concedido prazo para o Contribuinte efetuar o recolhimento em razão do tempo entre o requerimento e a resposta apresentada pela SEFAZ.

Por outro lado, se forem acatados os argumentos do Contribuinte e reformada a decisão de exclusão ou cancelado o Termo de Exclusão, não há imposto a pagar pelo Regime Normal de apuração do ICMS, não se justificando a exigência do imposto apurado em conta corrente fiscal. Entendo que, nesse caso, deve ser apurado se foi recolhido corretamente o imposto relativo ao Simples Nacional.

Dessa forma, o fato de o Autuante ter exigido o ICMS antes de qualquer decisão quanto à impugnação da exclusão do Simples Nacional, não há como afirmar, com segurança, se é devido o imposto apurado em conta corrente, a partir de quando e qual o valor a ser pago, o que implica insegurança quanto à infração apontada e valor devido. Os créditos pelas aquisições de mercadorias e os alegados recolhimentos iriam motivar a redução do valor originalmente apurado no Auto de Infração, se mantida a exclusão.

O Auto de Infração relativo ao lançamento de tributo precisa embasar-se em provas concretas e, neste caso, o procedimento foi conduzido sem observância de disposições expressas da legislação, por não ter sido seguido o devido processo legal. Ou seja, há incerteza quanto ao imposto lançado, por ausência de elementos para se determinar, com segurança, a infração.

Conforme estabelece o art. 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF/BA, é nulo o lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar com segurança a infração e o infrator.

Logo, restando configurado que o presente lançamento tributário não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança e liquidez, a infração e o imposto devido, impõe-se sua nulidade, com base no mencionado artigo 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF-BA/99.

Face ao exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.”

A 3ª JJF recorreu de ofício da referida decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do Art. 169, I, “a” do RPAF/99.

Registro a presença do advogado do Autuado, que efetuou a sustentação oral, Sr. Erivaldo Pereira Benevides (OAB/BA nº 10.835).

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra Decisão que julgou pela Nulidade do Auto de Infração, lavrado para exigir imposto e multa, em razão da falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros fiscais.

Consta, na Descrição dos Fatos, que o contribuinte, em 2021, recolheu ICMS como se estivesse enquadrado como Simples Nacional, enquanto esteve enquadrado como Simples Nacional de 18/05/2011 até 31/12/2020, e, portanto, desenquadrado do Simples Nacional durante todo o exercício de 2021 (período fiscalizado), não tendo recolhido o ICMS que deveria ter sido apurado através de conta corrente fiscal.

Verifico que o Recurso de Ofício é cabível, tendo em vista que o julgamento de 1ª Instância desonerou totalmente o presente Auto de Infração no valor corrigido de R\$ 623.225,32, conforme extrato (fl. 31), montante superior a R\$ 200.000,00, estabelecido no Art. 169, I, “a” do RPAF/99.

Constato que a desoneração perpetrada decorreu da inexistência de elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração, consoante dispõe o Art. 18, IV, “a” do RPAF/99, tendo em vista o Auto de Infração ter sido lavrado sem que a impugnação relativa à sua exclusão do Simples Nacional tivesse sido apreciada, nos termos do Art. 328 do RICMS/12.

Sem o resultado da sua impugnação, não há como ter certeza de qual o regime de tributação que o Autuado deveria adotar, tendo o Autuado mantido a sua escrituração e pagamento do imposto seguindo o regime do Simples Nacional.

Este Auto de Infração exige exatamente a diferença de recolhimento entre o regime do Simples Nacional adotado e o regime normal de conta corrente fiscal.

Diante do exposto, concordo com a Decisão recorrida de que não há como exigir o imposto pelo

regime normal, por meio da apuração de créditos e débitos, na conta corrente fiscal, antes do resultado da impugnação quanto à exclusão do Autuado do regime do Simples Nacional, consubstanciado no Processo SIPRO nº 020628/2021-6, impetrado antes do início desta ação fiscal.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº 300449.0014/23-1, lavrado contra **GN COMÉRCIO DE PRODUTOS VETERINÁRIOS LTDA.**

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 03 de fevereiro de 2025.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - PRESIDENTE

MARCELO MATTEDI E SILVA - RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS