

PROCESSO - A. I. Nº 299164.0126/10-5
RECORRENTE - SAN FRAN COMÉRCIO DE VESTUÁRIO E ARTIGOS PARA PRESENTES LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0193-02/11
ORIGEM - INFAS VAREJO
INTERNET - 17.12.2012

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0052-13/12

EMENTA: ICMS. NULIDADE DE DECISÃO. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. FALTA DE APRECIAÇÃO DE ARGUMENTOS DEFENSIVOS. CERCEAMENTO DE DEFESA. NOVA DECISÃO. É nula, por cerceamento de defesa, a Decisão que deixar de apreciar alegação contida na impugnação apresentada. A referida omissão não pode ser suprida por esta Câmara de Julgamento Fiscal, pois implicaria supressão de instância. A Decisão é nula, nos termos do art. 18, II, do RPAF/99. O processo deve retornar à Primeira Instância para nova Decisão. Recurso **PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto com o objetivo é reformar a Decisão proferida pela 2ª JJF, que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 28/02/2011, para exigir ICMS, no valor de R\$157.035,10, acrescido da multa de 50%, pela falta de recolhimento do ICMS normal, apurado nos meses de janeiro a dezembro de 2009, referente a operações escrituradas regularmente nos livros fiscais próprios.

O autuado apresentou defesa, fls. 47 a 58, na qual explicou que era optante pelo regime do Simples Nacional e, em 2009, fora excluído desse regime em razão de pendências junto à Previdência Social. Disse que impugnara a sua exclusão do Simples Nacional, sendo que essa impugnação ainda estava em análise por parte da Receita Federal. Sustentou que o ICMS foi recolhido tempestivamente por meio do Simples Nacional, através do recolhimento antecipado do imposto. Destacou que o Auto de Infração é nulo, por preterição do direito de defesa, uma vez que não lhe foi salvaguardado o direito de se defender somente após a Decisão de inclusão ou não no Simples Nacional. Requereu que o Auto de Infração fosse declarado nulo ou que ficasse suspenso até a Decisão final acerca da sua exclusão do regime do Simples Nacional, por parte da Receita Federal do Brasil.

Na informação fiscal, fl. 81, o autuante manteve a ação fiscal em sua totalidade.

Por meio do Acórdão JJF Nº 0193-02/11, a 2ª JJF julgou o Auto de Infração procedente, tendo a ilustre relatora proferido o seguinte voto:

Da análise das peças processuais verifico que o Auto de Infração contém os elementos necessários e suficientes para atender aos requisitos exigidos formal e materialmente pelas normas legais vigentes. Verifico que consta do processo planilha demonstrativa do débito (fl. 09) onde estão consignados os meses e valores em que o autuado deixou de recolher o ICMS devido, apurado em suas operações normais, conforme consta de seu livro Registro de Apuração de ICMS, cópias anexadas fls. 13/38.

Do quanto foi exposto no relatório supra, percebe-se que o defendente fundamentou a sua impugnação exclusivamente no argumento de que estava, à época dos ilícitos impugnados (janeiro a dezembro de 2009), aguardando Decisão da Receita Federal do Brasil, sobre impugnação à Decisão que o retirou do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional.

Para melhor entendimento sobre a questão em lide, impende uma análise sobre a legislação do Simples Nacional. A Lei Complementar 123/2006, instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de

Pequeno Porte que estabelece normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado a estas empresas no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

A competência para fiscalizar o cumprimento das obrigações principais e acessórias relativas ao Simples Nacional e para verificar a ocorrência das hipóteses previstas no art. 29 da Lei Complementar 123/2006, é da Secretaria da Receita Federal e das Secretarias de Fazenda ou de Finanças do Estado ou do Distrito Federal, segundo a localização do estabelecimento, e, tratando-se de prestação de serviços incluídos na competência tributária municipal, a competência será também do respectivo Município. Podendo as Secretarias de Fazenda ou Finanças dos Estados celebrar convênio com os Municípios de sua jurisdição para atribuir a estes a fiscalização a que se refere o tributo. Portanto, o valor não pago apurado em procedimento de fiscalização, será exigido em lançamento de ofício pela autoridade competente que realizou a fiscalização, cabendo ao Comitê Gestor disciplinar o referido procedimento.

A empresa autuado alega ter sido excluída deste sistema diferenciado por existirem débitos junto ao Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS. Sobre este fato, assim dispõe o Inciso V, do art. 17 da LC 123/06:

[...]

Relativo aos efeitos da exclusão do Sistema Simples, assim normatiza o art. 31, Inciso IV da citada Lei Complementar:

[...]

Nestas circunstâncias determina ainda o art. 32 da multicitada Lei Complementar:

[...]

Verifico constar deste PAF, fl. 7, que o contribuinte tomou conhecimento de sua exclusão do Simples Nacional desde 08/11/2008. Tanto é assim, que registrou seu livro Registro de Apuração de ICMS na Junta Comercial em 15/02/2009, fl.13, para escrituração de suas operações pelo regime Normal.

A alegada impugnação ao ato da Receita Federal do Brasil que o exclui do Sistema Simples no exercício de 2009 só se efetiva em 29/05/2009. Consta do portal da receita Federal que o autuado retornou à situação de optante pelo Simples Nacional desde 01/10/2010 e apesar do Auto de Infração ter sido lavrado em 28/02/2011, não consta do sistema SICRED da SEFAZ qualquer recolhimento dos valores devidos pelas suas operações realizadas no exercício de 2009.

Analisando os autos, constato não prosperar o argumento defensivo. Verifico que ao contrário do alegado, o contribuinte não efetuou qualquer recolhimento do imposto pelo regime do Simples Nacional neste período. O Auto de Infração se refere ao exercício de 2009, foi lavrado em 2011 e até esta data, autuado se manteve omissos relativos ao recolhimento do imposto, tanto pelo regime normal quanto pelo regime diferenciado do Simples Nacional para o período autuado.

Quanto ao fato de a empresa vir realizando recolhimento do ICMS Antecipação Parcial, ainda que estivesse enquadrada no regime diferenciado, não a isentaria de recolher o imposto relativo a suas operações interestaduais para comercialização. É o que dispõe o art. 352-A do RICMS/BA.

Entendo correta a exigência do crédito que se encontrava omissa através do lançamento de ofício, inclusive para resguardar os interesses do Estado relativo aos efeitos da decadência.

Acertadamente, o autuante abateu os valores recolhido a título de ICMS Antecipação Parcial para apurar o imposto devido mensalmente conforme prevê a legislação.

Da análise deste PAF, chego às seguintes conclusões:

- 1- *O contribuinte não estava inscrito no Cadastro desta SEFAZ no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, no período fiscalizado.*
- 2- *Não houve retroatividade nos efeitos da Decisão da Receita Federal do Brasil que permitisse ao autuado comprovar que por equívocos da Administração Federal teria ficado impedido de cumprir suas obrigações tributárias com a Fazenda Pública Estadual.*
- 3- *Contribuinte alega que o processo administrativo de impugnação ao seu desenquadramento do Sistema Simples ainda está sob análise da Receita Federal, entretanto consta do portal desta Instituição, sua situação como optante pelo Simples Nacional desde 01/01/2010.*
- 4- *A lide deste processo não reside na inscrição regular do contribuinte no Simples Nacional, mas no ilícito tributário descrito no relatório - falta de recolhimento do imposto nos prazos regulamentares.*
- 5- *Os elementos dos autos permitem concluir que com base nos documentos presentes no processo demonstrase que, em verdade, o impugnante deve recolher o ICMS de acordo com a conta corrente fiscal, no exercício em que ficou omissos.*

Relativo ao pedido de redução da multa aplicada de 50% sobre o valor do imposto constato a legalidade da mesma conforme está expresso no Art. 42, Inciso I, da lei 7014/96, in verbis:

[...]

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado com a Decisão proferida pela 3^a JJF, o autuado, ora recorrente, apresentou Recurso Voluntário, fls. 101 a 111, no qual explica que é optante pelo Simples Nacional, que estabelece tratamento diferenciado às micro e pequenas empresas e que apura, de forma unificada, os tributos da União, Estados e Municípios.

Diz que em 2009 foi excluído, pela Receita Federal do Brasil, do Simples Nacional, devido a pendências junto à Previdência Social. Destaca que impugnou a sua exclusão do Simples Nacional, pois a referida pendência já havia sido regularizada. Afirma que, assim, foi gerado o Processo Administrativo nº 10580.722902/2009-17, ainda em curso na Receita Federal. Diz que o Fisco estadual lavrou o Auto de Infração indevidamente, já que o Processo Administrativo em curso no âmbito federal suspende a exigibilidade dos tributos abarcados pelo Simples Nacional.

Realça que, até o presente momento, ainda não se sabe se vai ter direito a ser considerado como optante do Simples Nacional relativamente ao exercício de 2009, pois ainda não houve Decisão da Receita Federal do Brasil. Ressalta que a lavratura do Auto de Infração foi precipitada e deve ser repelida, pois fere o seu direito de defesa e afronta o disposto no artigo 18 do RPAF/99.

Após transcrever o disposto no art. 1º, inc. I, da Lei Complementar nº 123/2006, discorre sobre a forma de apuração do imposto devido na condição de empresa optante pelo Simples Nacional e, em seguida, ressalta que o recolhimento de ICMS que estava obrigado a efetivar era realizado através de antecipação parcial tributária, o que realizou devidamente nos meses de 2009, conforme demonstrado no próprio Auto de Infração. Diz que sempre recolheu seus tributos através do regime de apuração do Simples Nacional, fazendo no exercício de 2009 através da antecipação parcial de recolhimento do imposto.

Destaca que a cobrança de suposta diferença de ICMS, por parte da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, só poderá ser realizada após Decisão final no processo administrativo que discute a sua exclusão do Simples Nacional. Menciona que, perdurar a discussão acerca da sua exclusão do Simples Nacional, não se tem como saber o valor que seria devido, ou seja: se o valor deve ser apurado conforme o regime do Simples Nacional; ou se deve ser calculado com base na alíquota de 17%, conforme consta no Auto de Infração.

Sustenta que a Decisão recorrida deve ser reformada, para que se declare nulo o Auto de Infração, pois a fiscalização desconsiderou a existência do Processo Administrativo no âmbito federal e o seu consequente efeito suspensivo. Diz que, caso não seja esse o entendimento deste colegiado, o presente processo administrativo fiscal deverá ser suspenso até o trânsito em julgado da matéria em análise por parte da Receita Federal do Brasil.

Prosseguindo, o recorrente afirma que apesar de ter discorrido sobre a nulidade do Auto de Infração devido à “preterição do direito de defesa”, a Junta de Julgamento Fiscal não se pronunciou sobre tal matéria. Requer que, dessa forma, esta Câmara de Julgamento Fiscal analise a matéria que passa abordar.

Repete que está discutindo administrativamente perante a Receita Federal do Brasil, através do Processo nº 10580.722902/2009-17, a sua inclusão ou não no Simples Nacional. Diz que, diante da discussão administrativa de sua exclusão do Simples Nacional, ainda pendente de Decisão por parte da Receita Federal do Brasil, recolheu os valores de ICMS do período de 2009 através de guia de recolhimento único de tributos municipais, estaduais e federais, e no caso do ICMS através de recolhimento parcial por antecipação.

Sustenta que a lavratura do Auto de Infração pelo Fisco estadual, sem a Decisão final do processo administrativo que corre no âmbito federal, ficou caracterizada uma preterição no seu direito de defesa, haja vista que tem o direito de primeiro saber se foi ou não excluída do Simples

Nacional, através da competente intimação, para poder se defender da cobrança de suposta falta de recolhimento de diferença de ICMS.

Argumenta que sem saber como se deve recolher o ICMS, se de forma simplificada através do Simples Nacional ou de forma separada em favor do Estado da Bahia, está na dependência de ato da Receita Federal do Brasil para saber se o procedimento adotado por ela foi correto ou não, não podendo, portanto, antes da Decisão administrativa recolher o imposto de forma diferente da que vem sendo realizada, qual seja, por meio de recolhimento parcial por antecipação.

Diz que, nos termos do art. 18, inc. II, do RPAF/99, são nulos os atos praticados com “preterição do direito de defesa”, o que afirma ter ocorrido no presente Auto de Infração, já que não salvaguardou o seu direito de se defender somente após a Decisão de inclusão ou não no Simples Nacional, para só assim saber se é devedor ou não ao Estado da Bahia.

Assegura que não há como exercer o seu direito de defesa, posto que acredita ter recolhido corretamente os valores de ICMS devidos no ano de 2009 através do Simples Nacional e consequentemente através de recolhimento parcial por antecipação tributária do imposto, só podendo ser cobrada suposta diferença após Decisão definitiva da Receita Federal do Brasil nos autos do Processo Administrativo nº 10580.7229902/2009-17.

Frisa que ainda não consta no portal da Receita Federal a sua exclusão do Simples Nacional no ano de 2009, já que ainda pendente de Decisão no processo administrativo que discute sua exclusão, ficando os efeitos dessa exclusão condicionados a esse registro.

Destaca que o Estado da Bahia, para lhe autuar por falta de recolhimento de ICMS através do regime normal, deveria ter lhe intimado acerca da exclusão do Simples Nacional, o que diz não fez até o presente momento. Diz que, portanto, o presente Auto de Infração é nulo por “preterição do direito de defesa”. Para corroborar seus argumentos, o recorrente transcreve jurisprudência administrativa acerca da necessidade de intimação quanto à exclusão de contribuintes do Simples Nacional.

Caso a Receita Federal venha a negar o seu enquadramento no Simples Nacional, requer que a multa indicada no Auto de Infração seja dispensada ou reduzida, tendo em vista que agiu com boa-fé ao recolher o ICMS devido no período de 2009 através da antecipação parcial de recolhimento do imposto, já que tinha os requisitos necessários para o Simples Nacional. Menciona que não agiu de forma dolosa, simulada ou fraudulenta. Diz que não pode pagar multa por falta de recolhimento de ICMS devido a uma morosidade da Receita Federal do Brasil, quanto ao seu enquadramento no regime do Simples Nacional.

Ao finalizar, o recorrente solicita que a Decisão recorrida seja reformada para que o Auto de Infração seja julgado improcedente. Caso assim não entenda este colegiado, pede que seja suspenso o prosseguimento do presente processo administrativo fiscal até o deslinde do processo administrativo que tramita no âmbito federal. Pugna pela dispensa ou redução da multa. Protesta por todos os meios de prova admitidos em direito.

Em Parecer às fls. 119 e 120, a ilustre representante da PGE/PROFIS, após historiar o processo, afirma que das razões expendidas no Recurso Voluntário, considera que há argumentos jurídicos capazes de provocar a revisão do acórdão recorrido.

Assevera que “*compulsando os autos, verifica-se à saciedade que a JJJ omitiu-se quanto a preliminar de nulidade do Auto de Infração em decorrência do comprometimento do direito de defesa (art. 18, inciso II, do RPAF/99), suscitada pelo sujeito passivo. Com efeito, a ausência de manifestação expressa e específica do órgão de 1º grau provocou fragilização do direito de defesa inerente ao contribuinte em um Estado de Direito*”.

Ressalta que o cerceamento de defesa não se deu em consequência da lavratura do Auto de Infração, mas sim, em face do silêncio da JJJ quanto ao pedido de nulidade formulado em sua defesa inicial.

Afirma que, salvo melhor juízo, deve ser reconhecida de ofício a nulidade prevista no art. 18, II, do RPAF/99, com a consequente nulidade da Decisão recorrida, que ao se manter silente quanto à nulidade suscitada, cerceou o direito de defesa do contribuinte.

Ao finalizar, a ilustre Parecerista opina “*pelo reconhecimento de ofício da nulidade da Decisão recorrida, com esteio no art. 18, inciso II, do RPAF/99*”.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão proferida pela 2ª JJF que decidiu pela Procedência do Auto de Infração em epígrafe.

Em Parecer às fls. 119 e 120, a ilustre representante da PGE/PROFIS opina pelo Provimento do Recurso Voluntário, para que se decrete a nulidade da Decisão recorrida, pois considera que a 2ª JJF se omitiu quanto à preliminar de nulidade do Auto de Infração, suscitada pelo sujeito passivo, em decorrência do comprometimento do direito de defesa, nos termos do disposto no art. 18, inc. II, do RPAF/99.

Na defesa, às fls. 54 e 55, observa-se que o autuado arguiu a nulidade do Auto de Infração por “preterição do direito de defesa”, argumentando que o Fisco estadual, ao lhe autuar sem a Decisão final do processo administrativo federal no qual se discute a sua exclusão do Simples Nacional, cerceou o seu direito de defesa. Naquela oportunidade, afirmou o autuado, ora recorrente, que não lhe fora salvaguardado o direito de se defender somente após a Decisão de inclusão ou não no Simples Nacional, quando só assim saberia se era ou não devedor do ICMS que estava sendo cobrado.

Ao examinar o Acórdão JJF Nº 0193-02/11 (fls. 85 a 89), comungando com o opinativo da PGE/PROFIS, não vislumbro no voto proferido pela ilustre relatora da Decisão recorrida uma “manifestação expressa e específica” acerca da preliminar de nulidade suscitada na defesa.

É sabido que as questões preliminares devem ser objeto da apreciação expressa e específica e, ao final, devem ser acolhidas ou afastadas com a devida fundamentação. A falta de análise das questões preliminares acarreta a nulidade da Decisão omisa, por cerceamento de defesa, nos termos do artigo 18, inciso II, do RPAF/99. A referida omissão não pode ser suprida por esta Câmara de Julgamento Fiscal, pois implicaria supressão de instância.

Considerando que restou comprovada a falta de apreciação da preliminar de nulidade arguida na defesa, acolho o opinativo da PGE/PROFIS, para PROVER o Recurso Voluntário e decretar a Nulidade da Decisão recorrida, devendo o processo retornar à Primeira Instância para nova Decisão, a salvo de falhas.

VOTO DIVERGENTE

Com a máxima vénia, discordo do voto proferido pelo ilustre Conselheiro Relator.

Não vislumbro, nos autos, motivo para a declaração de nulidade da decisão recorrida que, entendo, abordou todos os aspectos preliminares suscitados pelo ora Recorrente.

Com efeito, a digna Relatora de primeiro grau expôs, em seu voto, que o contribuinte já se encontrava excluído do regime simplificado denominado Simples Nacional, quando da realização da ação fiscal. Uma vez que não compete a este Órgão Julgador avaliar, no mérito, a exclusão de tal regime, cabia, na decisão de primeiro grau, apenas verificar, e elucidar, se o contribuinte se encontrava excluído, e tal condição foi verificada e explicitada na decisão de Primeira Instância.

Pelo exposto, voto no sentido de que não seja acatada a preliminar de nulidade de decisão de primeiro grau, entendendo que a decisão se encontra válida, e não nula.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e declarar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº **299164.0126/10-5**, lavrado contra **SAN FRAN COMÉRCIO DE VESTUÁRIO E ARTIGOS PARA PRESENTES LTDA.**, devendo o processo retornar à Primeira Instância para nova Decisão.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros(as): Álvaro Barreto Vieira, Vanessa Melo Batista, Oswaldo Ignácio Amador, Rafael Barbosa de Carvalho Figueiredo e Fernando Antônio Brito de Araújo.

VOTO DIVERGENTE – Conselheira: Osmira Freire de Carvalho Ribeiro da Silva.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de novembro de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - VOTO DIVERGENTE

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS