

PROCESSO	- A. I. Nº 299164.0126/10-5
RECORRENTE	- SAN FRAN COMÉRCIO DE VESTUÁRIO E ARTIGOS P/ PRESENTES LTDA. (CAMBODJA)
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0043-03/13
ORIGEM	- INFRAZ VAREJO
INTERNET	- 30/08/2013

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0250-11/13

EMENTA: ICMS. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Falta de recolhimento de imposto escriturado em livro próprio. Infração caracterizada e não contestada em sede de Recurso Voluntário. Pedido de cancelamento ou redução de multa por descumprimento de obrigação principal ao apela da equidade. Competência exclusiva da Câmara Superior- Artigo 159 do RPAF. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O ora recorrente é sociedade empresária de pequeno porte enquadrada no Sistema Integrado de Recolhimento de Tributos – SIMPLES NACIONAL instituído pela Lei Complementar nº 123/06.

Segundo consta dos autos, em 08/11/2008, a referida empresa foi comunicada acerca de sua exclusão do Simples Nacional, em razão de irregularidade quanto ao recolhimento das contribuições previdenciárias.

Após a regularização das pendências, a ora recorrente apresentou novo pedido de inclusão protocolado em 29/05/2009, que originou o Processo Administrativo Federal de nº 10.580.722902/2009-17, o qual foi deferido em 01/10/2010.

Diante deste cenário, em 28/02/2011, foi lavrado o Auto de Infração originário do presente PAF, com o objetivo de exigir crédito tributário, no valor histórico de R\$ 157.035,10, em decorrência da falta de recolhimento do saldo devedor de ICMS devidamente escriturado em livro próprio, devido no período compreendido entre janeiro a dezembro de 2009.

No entendimento da fiscalização no exercício de 2009, ano calendário subsequente ao da ciência do ato de exclusão, a referida empresa estaria obrigada a retornar ao regime de apuração normal dos tributos, devendo, portanto, proceder ao recolhimento do ICMS incidente sobre suas operações sob a sistemática de conta corrente fiscal.

Inconformada com a exigência, o ora recorrente apresentou impugnação na qual requereu a declaração de nulidade do Auto de Infração. Segundo aduziu naquela oportunidade, o lançamento foi realizado em prejuízo do seu direito de defesa, já que o ato de exclusão do Programa Simples Nacional em que se baseou a fiscalização estava com os efeitos suspensos em razão de impugnação por ela apresentada junto ao órgão competente.

Sustentou que só poderia vir a ser compelida ao pagamento do ICMS sob o regime normal de apuração após a prolação de Decisão definitiva que lhe fosse desfavorável no Processo Administrativo Federal de nº 10.580.722902/2009-17, fato que ainda não havia ocorrido. Diante disto, pleiteou, subsidiariamente, a suspensão do presente processo até o julgamento final daquele.

Requereu ainda o cancelamento da multa de ofício, em razão de suas escritas fiscal e contábil denotarem que sempre agiu com boa fé, lisura e lealdade, além de não ter ocasionado qualquer prejuízo ao erário estadual.

Concluída a instrução do feito, os autos foram submetidos à apreciação da 2ª JJF que, através do Acórdão de nº 0193-02-11, entendeu por bem, à unanimidade, julgar Procedente o lançamento de ofício.

Contra a referida Decisão, o sujeito passivo apresentou Recurso Voluntário com base nas mesmas razões de fato e direito outrora apresentadas, acrescentando, porém, que a 2ª JJF deixara de apreciar a preliminar de nulidade então arguida.

Após a apresentação do Recurso Voluntário, o processo foi encaminhado à PGE/PROFIS, para fins de apresentação do correspondente opinativo.

Ao cumprir tal expediente, a ilustre representante da PGE emitiu Parecer opinando pela declaração de nulidade da Decisão de piso. No seu entendimento, de fato, os julgadores de primeira instância deixaram de se manifestar sobre a preliminar de nulidade suscitada pela então Impugnante, procedimento que implicou em cerceamento do direito de defesa do contribuinte.

Na assentada de julgamento datada de 12/11/2012, a 3ª Câmara de Julgamento Fiscal desse Conselho, acolhendo o opinativo da PGE/PROFIS, deu Provimento ao Recurso Voluntário interposto para Anular a Decisão da 2ª JJF e determinar a realização de novo julgamento.

Após a ciência do sujeito passivo, o processo retornou à primeira instância tendo sido redistribuído para a 3ª JJF que, em 22/02/2013, proferiu a Decisão em epígrafe contra a qual foi interposto o Recurso Voluntário de que aqui se trata.

Conforme se infere da análise do voto a seguir reproduzido, a 3ª JJF, à unanimidade, afastou a preliminar de nulidade suscitada e no mérito julgou Procedente o Auto de Infração:

VOTO

Inicialmente é importante registrar que este PAF foi julgado Procedente em Decisão da 2ª JJF, Acórdão nº 0193-02/11. Após Recurso Voluntário, a 3ª CJF deu provimento ao Recurso, retornando o PAF à 1ª Instância para nova Decisão, conforme Acórdão CJF nº 0052-13/12, com o entendimento de que restou comprovada a falta de apreciação da preliminar de nulidade arguida pela defesa. Cabe-me, portanto, enfrentar objetivamente a nulidade suscitada.

O autuado insurgiu-se contra o lançamento fiscal em análise, invocando a nulidade sob o argumento de que houve preterição de seu direito de defesa, pois a fiscalização lhe autuou de forma precipitada, considerando-o excluído do regime de tributação pelo Simples Nacional, quando aguardava 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. Asseverou que a lavratura do lançamento fiscal deveria ser repelida, pois, estaria a macular o direito da Impugnante a defender-se plenamente, e de exercer o contraditório, garantias estas que são pilares de todo o sistema positivo nacional, o que resultaria dizer que o Auto de Infração ora em discussão e o consequente PAF dele oriundo, apresentam vício de nulidade, nos termos do art. 18 do RPAF/99.

Analisando a preliminar de nulidade apresentada pelo defensor, entendo que a mesma não pode ser acolhida. A empresa foi notificada da exclusão do Simples Nacional em 08.11.2008. A impugnação contra esta Decisão, somente foi protocolada na Receita Federal em 29/05/2009, fora do prazo legal de 30 dias para fazê-lo. Logo, o processo administrativo nº 10580.722902/2009-17 se refere a um novo pedido de inclusão no Simples Nacional, e não de impugnação contra o ADE (Ato Declaratório Executivo de Exclusão) do Simples Nacional. Diante disso, não há que se falar em suspensão da Decisão que excluiu o contribuinte do citado regime. A Decisão é definitiva e o contribuinte apenas buscou uma nova inclusão no Simples Nacional.

Saliento que, se ficasse provado que o autuado teria sido excluído de forma irregular do sistema Simples Nacional e que a Decisão da Receita Federal tivesse efeito retroativo à data de sua exclusão do referido sistema, haveria procedência na arguição do contribuinte. Entretanto, não foi isso que ocorreu. O contribuinte pediu sua reinclusão em 29/05/2009 e só voltou a ser habilitado ao sistema diferenciado de recolhimento de imposto – Simples Nacional no ano de 2010. No caso em exame, em todo período fiscalizado o autuado deixou de recolher o ICMS tanto pelo Simples Nacional, como pelo regime normal de apuração.

Portanto, não acolho as preliminares de nulidade direta ou indiretamente arguidas pelo sujeito passivo, haja vista que o PAF está revestido das formalidades legais, estão determinados o contribuinte autuado, o montante do débito tributário e a natureza da infração apurada, não estando presentes os motivos elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA.

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 :

Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte:

(...)

V- que possua débito com o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, ou com as Fazendas Públicas Federal, Estadual ou Municipal, cuja exigibilidade não esteja suspensa;

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

Art 31. A exclusão das microempresas ou das empresas de pequeno porte do Simples Nacional produzirá efeitos:

(...)

IV - na hipótese do inciso V do caput do art. 17 desta Lei Complementar, a partir do ano-calendário subsequente ao da ciência da comunicação da exclusão.

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

Art 32. As microempresas ou as empresas de pequeno porte excluídas do Simples Nacional sujeitar-se-ão, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

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 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.

Analizando 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, o autuado se manteve omisso relativo 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 recolhidos 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- O 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 demonstra-se que, em verdade, o impugnante deve recolher o ICMS de acordo com a conta corrente fiscal, no exercício em que ficou omissa.

O pedido de redução das multas, sob o argumento de que agiu de boa fé não cabe nessa instância de julgamento administrativo fiscal, tendo em vista que tal argüição deve ser dirigida à Câmara Superior, vez que se trata de multa por descumprimento de obrigação principal. Ademais, constato a legalidade da mesma, conforme está expresso no Art. 42, Inciso I, da lei 7014/96, in verbis:

“Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

I – 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, na falta de seu recolhimento nos prazos regulamentares;

a) quando as respectivas operações ou prestações estiverem escrituradas regularmente nos livros próprios;”

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

Cientificado acerca da nova Decisão, o contribuinte interpôs, tempestivamente, Recurso Voluntário restringindo, desta feita, suas razões de irresignação apenas à multa de ofício.

Aduz que mesmo sendo arbitrária, a Receita Federal do Brasil efetivou a sua exclusão do Simples Nacional não tendo lhe restado alternativa senão a de requerer nova inclusão que foi deferida em 01/10/2010.

Neste cenário, com fulcro no artigo 159 do Decreto nº 7.629/99 que aprovou o RPAF, requer a dispensa ou redução da multa aplicada, sustentando que (i) agiu com extrema boa fé ao recolher o ICMS devido no exercício de 2009 através de antecipação parcial, já que atendia aos requisitos legais para enquadramento no Simples Nacional; (ii) não adotou conduta dolosa, simulada ou fraudulenta, pois estava imbuída da certeza de que estava incluída no Simples Nacional; e (iii) a multa é desproporcional, injusta e abusiva, possuindo, por conseguinte, nítido caráter confiscatório.

Instada a se manifestar, a PGE/PROFIS pontuou que, embora no exercício de 2009 o recorrente estivesse inscrita na condição de contribuinte normal, não constam dos autos ou mesmo do sistema da Secretaria da Fazenda quaisquer recolhimentos de ICMS relativamente ao período autuado, seja sob o regime normal de apuração, seja no âmbito do Simples Nacional, situação fática em relação à qual esta permanece omissa até a presente data.

Asseverou que a sanção imposta encontra respaldo legal no artigo 42, inciso I, alínea “a” da Lei nº 7.014/96 e que, nos termos do artigo 159 do RPAF, o pedido de dispensa ou cancelamento de multa aplicada em decorrência do descumprimento de obrigação principal deve ser dirigido à Câmara Superior de Recursos Fiscais, falecendo, portanto, competência a este Conselho de Fazenda para a correspondente apreciação.

Diante do que expôs, opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, sugerindo, afinal, ao recorrente que dirija seu pleito ao órgão competente para tanto.

VOTO

Conforme se constata da petição de fls. 157 a 162, cujos termos constam no presente relatório, o recorrente, conformando-se com os termos da Decisão proferida pela 3ª JJF, restringiu suas razões de apelo ao pleito de cancelamento ou redução da multa no percentual de 50% (cinquenta por cento) incidente sobre o valor principal lançado, cuja cominação encontra respaldo no artigo 42, inciso I, alínea “a” da Lei nº 7.014/96. Aduz que a falta de recolhimento do imposto que ensejou o lançamento de ofício não decorreu da prática de conduta dolosa, simulada ou fraudulenta e que, ao revés, todos os procedimentos que adotou foram norteados pela boa-fé.

Nestes termos, comungando com o opinativo da PGE/PROFS, deixo de apreciar o pedido do recorrente em vista do quanto previsto no artigo 159 do RPAF que, ao dispor sobre a possibilidade de solicitação de redução ou cancelamento de penalidade cominada em decorrência do descumprimento de obrigação principal ao apelo da equidade, atribui competência exclusiva à Câmara Superior de Recursos Fiscais.

Recomendo ao recorrente que dirija seu pleito ao órgão competente atentando, contudo, para os correspondentes requisitos de admissibilidade.

Ante ao exposto, entendo não merecer reforma a Decisão proferida pela 3ª JJF, diante do que NEGÓ PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 299164.0126/10-5, lavrado contra **SAN FRAN COMÉRCIO DE VESTURÁRIO E ARTIGOS P/ PRESENTES LTDA. (CAMBODJA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$157.035,10**, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, I, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de agosto de 2013.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ROSANY NUNES DE MELLO – RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS