

**A. I. Nº** - 299164.0126/10-5  
**AUTUADO** - SAN FRAN COMÉRCIO DE VESTUÁRIO E ARTIGOS PARA PRESENTES LTDA.  
**AUTUANTE** - OSVALDO CEZAR RIOS FILHO  
**ORIGEM** - INFAZ VAREJO  
**INTERNET** - 07/03/2013

### 3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0043-03/13

**EMENTA:** ICMS. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Comprovado tratar-se de valores escriturados no livro de apuração e não recolhido. Fato demonstrado. Contribuinte excluído do regime diferenciado Simples Nacional, deverá recolher o ICMS pelo regime Normal. Previsão legal para aplicação de multa pelo descumprimento da obrigação principal. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 28/02/2011, reclama 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.

Mediante advogado, o autuado apresentou defesa à fls. 47 a 58, nos seguintes termos:

Diz ser optante do SIMPLES NACIONAL, instituído pela Lei Complementar nº 123/2006, que estabelece tratamento diferenciado e favorecido às micro e pequenas empresas e tem como regime de apuração e recolhimento unificado de tributos de União, dos Estados e dos Municípios. Afirma que no ano de 2009, foi excluída pelo sistema da Receita Federal do Brasil do SIMPLES NACIONAL, devido a pendências junto à Previdência Social.

Alega que em tempo hábil, foi por ela apresentada impugnação em face do termo de indeferimento da opção pelo Simples Nacional e assim o fez demonstrando que a suposta pendência havia sido devidamente regularizada, conforme se extrai da certidão negativa de débitos relativos às contribuições previdenciárias, conforme cópias que anexa, fls. 75/76.

Salienta que diante da apresentação dessa defesa perante a Receita Federal do Brasil, demonstrando a improcedência do termo de indeferimento do requerimento de opção do SIMPLES NACIONAL e requerendo sua inclusão no referido regime especial, foi gerado um processo administrativo de nº 10580.722902/2009-17, que está ainda sob a análise da Receita Federal do Brasil. Sendo assim, a Impugnante, estando por aguardar apenas a decisão ( nos termos do art. 91, IX, da CF), e por certo, o deferimento para reconhecer que foi por ela recolhido o ICMS referente ao período compreendido entre janeiro a dezembro de 2009 através do sistema de recolhimento unificado , bem como, o ICMS antecipação parcial.

Diz que, segundo a Lei Complementar 123/2006 que estabeleceu o SIMPLES NACIONAL, o recolhimento dos tributos da União, dos Estados e dos Municípios deve ser arrecadado de forma unificada, através de documento único de arrecadação. Sendo assim, como o processo administrativo de pedido de inclusão no SIMPLES NACIONAL está ainda em tramitação, pendente a competente decisão administrativa da Receita Federal, sobre a qual cabe inclusive defesa em sede recursal, tem-se como ilação única que o fisco estadual lavrou a autuação indevidamente.

Assevera que a lavratura do lançamento fiscal foi precipitada, e deve ser repelida, pois, está por 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 resulta dizer que o auto de infração ora em discussão e o consequente PAF dele oriundo apresentam indubitado vício de nulidade, nos termos do art. 18, do RPAF/99.

Ressalta que como optante do SIMPLES, esta empresa sempre recolheu tempestivamente os tributos devidos a título de ICMS, através do recolhimento unificado dos tributos da União, do Estado e do Município, e adimpliu também através do sistema de antecipação parcial do imposto, conforme “Relação de DAE’s – Ano 2009” integrante do Auto de Infração.

Assegura que recolheu o ICMS pelo SIMPLES NACIONAL, através de recolhimento antecipado do imposto, isto porque, com a devida inclusão neste regime diferenciado, a Impugnante vai ter reconhecido seu direito de recolher o ICMS através de recolhimento único dos tributos devidos para a União, para o Estado e o Município, ou através da antecipação parcial de recolhimento do imposto, como fez no ano de 2009, não sendo, portanto, contribuinte obrigado a recolher o ICMS na alíquota de 17% (dezessete por cento).

Acrescenta que conforme prova a sua documentação contábil-fiscal, sempre agiu com boa fé, lisura e lealdade, sem jamais ter adotado meios ardilosos, fraudulentos e simulatórios, além de não ter causado, qualquer prejuízo ao erário estadual, conduta esta que não pode ser olvidado pelos dignos Julgadores desse CONSEF. Cita e transcreve o art. 1º da Lei Complementar nº 123/2006, que normatiza regras para apuração e recolhimento de impostos pelas empresas optantes pelo SIMPLES, além do art. 12 e 13 do RICMS/BA, que entende lhe obrigar a realizar o recolhimento de ICMS de antecipação parcial tributária.

Ressalta 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 exclusão da impugnante no SIMPLES NACIONAL, e que ainda está em andamento perante a Receita Federal do Brasil.

Requer seja o processo declarado nulo ou se assim não for entendido, por dever de cautela, cabe requerer seja suspenso o presente PAF até o trânsito em julgado da decisão pela União - Receita Federal do Brasil, se a Impugnante, como optante do SIMPLES NACIONAL, deveria ou não ser sumariamente excluída, e que nessa senda, haja a dedução do ICMS já pago pelo sistema de antecipação parcial.

Registra que apesar de acreditar no cancelamento do presente Auto de Infração pelo CONSEF, devido a sua total nulidade, por extrema cautela e prevendo uma remota possibilidade de sua exclusão no SIMPLES NACIONAL, requer a dispensa ou redução da multa aplicada na presente autuação na alíquota de 50% (cinquenta por cento) do valor do ICMS apurado, visto que agiu com extrema boa-fé ao recolher o ICMS devido no período de 2009 através da antecipação parcial.

O autuante prestou informação fiscal à fl.81, afirmando que o autuado deixou de recolher o imposto referente suas operações escrituradas nos livros próprios sob a alegação de ter sido desconstituído do Simples Nacional, porém tal decisão foi impugnada junto a Receita Federal em 25.05.2009.

Ressalta que diante da irregularidade e da defesa do contribuinte, ficou evidenciado que não foi recolhido o imposto normal nos prazos regulamentares ou depositado em juízo para aguardar assim, o final do processo, achando o impugnante que haverá efeito retroativo na decisão da Receita Federal, possibilitando a apuração pelo Simples Nacional, base 2009.

Finaliza afirmando que não há o que corrigir no procedimento adotado na ação fiscal que resultou na lavratura do Auto de Infração.

Este Auto de Infração foi julgado procedente pela 2ª JF, Decisão unânime, Acórdão nº 0193-02/11, fls. 85/89, em 07/07/2011. A 3ª CJF em Decisão não unânime deu provimento ao Recurso, fls.123/128, 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.

## VOTO

Inicialmente é importante registrar que este PAF foi julgado Procedente em Decisão da 2ª JF, 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 defendente, 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 autuada 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.

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, o autuado se manteve omissor 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 omissor 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 omissor.

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 arguição 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;”*

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

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **299164.0126/10-5**, lavrado contra **SAN FRAN COMÉRCIO DE VESTUÁRIO E ARTIGOS PARA PRESENTES LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$157.035,10**, acrescido da multa

de 50%, prevista no artigo 42, I, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais e moratórios na forma prevista na Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de fevereiro de 2012.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR