

PROCESSO - A. I. Nº 232893.0103/14-9
RECORRENTE - MULTIMODA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0007-03/15
ORIGEM - INFAC VAREJO
INTERNET - 26/06/2015

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0152-12/15

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Ajustes realizados pela autuante na informação fiscal reduzem o débito originalmente cobrado. Infração parcialmente caracterizada. Não acatadas preliminares de nulidades argüidas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVÍDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Consta dos autos apelo do contribuinte interposto em face do acórdão epigrafado que julgou pela Procedência Parcial do Auto de Infração lavrado em 28/03/2014 para exigir crédito tributário no valor de R\$35.394,86, devido à seguinte imputação: falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios (Infração - 02.01.01).

Na descrição fática, consta que houve o seu desenquadramento do Simples Nacional retroativamente a 01.07.2007, e que não recolheu o ICMS normal escriturado nos livros fiscais próprios, tendo sido, na apuração do Conta Corrente do ICMS, compensados os pagamentos efetuados na receita 0709 – Simples Nacional, e abatidos deste resultado, os valores da denúncia espontânea PAF 8000000575120, restando a cobrar os valores de R\$19.255,80 em 2009 e R\$16.139,06 em 2010.

O autuado defendeu-se às fls.330/337, vindo aos autos a informação fiscal de fls.349/351, culminando no julgado proferido nestes termos:

“Versa o Auto de Infração em lide sobre o cometimento de infração à legislação, decorrente da falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios conforme cópia do livro RAICMS fls. 22/76.

O defensor alegou que teve ciência da autuação em 03/04/2014, logo, todos os fatos geradores ocorridos antes de 02/04/2009 estariam trágados pela decadência.

Sobre a arguição de decadência, observo que as disposições do artigo 173, I, do CTN, que são as mesmas previstas no art. 107-A, I, do Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB (Lei 3.956/81) e no art. 965, inciso I, do RICMS/97, prevêem que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco anos), contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Já o § 5º do artigo 107-B do mesmo COTEB acima referido, estabelece que se considera ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Portanto, o prazo para constituição do crédito tributário ou homologação do lançamento tem a sua contagem iniciada a partir do primeiro dia do exercício seguinte, conforme os artigos 173, I, do CTN e 107-B do COTEB acima citados, não podendo prosperar a arguição defensiva, haja vista que, no presente caso, o período autuado alcança o período a partir de abril de 2009, valendo dizer que a contagem iniciou-se em 01/01/2010 com termo final em 31/12/2014.

Vejo que o Auto de Infração foi lavrado dia 28/03/2014 e o autuado tomou ciência dia 03/04/2014, através de preposto da empresa, portanto, dentro do prazo de 05 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, não há que se falar em homologação tácita do lançamento e, por consequência, em decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário, conforme arguido pelo impugnante.

Diante do exposto, não acolho a arguição de extinção do crédito tributário por ocorrência de decadência ou

homologação tácita do lançamento.

O impugnante alegou também, que a Autuante não teria demonstrado como determinou a base de cálculo do tributo indicada na autuação, bem como, de onde teria retirado os valores dos créditos de que se valeu para calcular o montante supostamente devido.

Na informação fiscal, a autuante esclareceu que no Auto de Infração é reclamado o ICMS Normal, referente diferenças apuradas entre as operações escrituradas nos livros de Registro de Entradas e Registro de Saídas e a Denúncia Espontânea apresentada em consequência do desenquadramento da empresa do Simples Nacional, retroativamente a 01/07/2007, sendo apurado crédito a reclamar nos exercícios de 2009 e 2010, tendo sido os exercícios anteriores atingidos pela decadência.

Da análise dos elementos que compõem o PAF, vejo que a autuação teve como base a escrituração realizada pelo próprio autuado nos livros fiscais Registro de Entradas e Saídas, além da Denúncia Espontânea registrada no PAF 8000000575120. Observo que o autuado recebeu cópias de todos os demonstrativos que compõem o Auto de Infração, fls. 19 a 83 e fls. 137 e 138, com assinatura apostada pelo representante da empresa no ato da ciência, nas vias dos demonstrativos por ele recebidos.

As razões defensivas invocadas pelo autuado demonstram que compreendeu perfeitamente a acusação fiscal que lhe foi imputada e os cálculos demonstrados no levantamento fiscal, visto que questiona a falta de abatimento de possíveis valores anteriormente pagos a título de recolhimento do Simples Nacional, créditos decorrentes da antecipação parcial e a compensação de valores declarados a maior conforme conta corrente elaborada pela fiscalização.

Não acelho, portanto, a preliminar de nulidade arguida pelo sujeito passivo considerando que o levantamento fiscal teve como suporte dados retirados da sua própria escrituração fiscal.

O defendente solicitou realização de diligência por estranho ao feito, que deixo de acolher, nos termos do artigo 147, inciso I, alínea "a" do RPAF/99, considerando que foram feitas três revisões pela própria autuante, no curso das informações fiscais, o que entendo ter atendido a necessidade de convencimento desta julgadora, pois considero suficientes os elementos contidos nos autos para Decisão da lide.

No mérito, o defendente alegou que era optante pelo SIMPLES NACIONAL, durante o período autuado, motivo pelo qual não poderia ser tributado pelo regime normal de apuração. Disse ainda, que a autuante teria deixado de considerar adequadamente os créditos decorrentes de antecipação parcial bem como, os recolhimentos feitos ao Erário Estadual por meio do SIMPLES NACIONAL no período.

Observo que consta do PAF que o contribuinte foi excluído do SIMPLES NACIONAL retroativamente a 01/07/2007, conforme publicado no Diário Oficial do Estado da Bahia de 03/05/2012, cópia anexa fl.420 e que além de ter recebido os demonstrativos da apuração do quantum devido, tais demonstrativos foram devidamente explicados na Informação Fiscal, fls. 349 a 351.

Constatou que após a segunda manifestação do autuado, a fiscal retificou os demonstrativos em função de informações dadas pela Receita Federal a respeito de recolhimentos pelo regime do Simples Nacional, onde foram fornecidos novos extratos retificados e confirmados pela SEFAZ alterando o valor do crédito reclamado para R\$6.839,22.

O defendente permaneceu protestando contra o novo valor reclamado. Centrou os argumentos defensivos na contestação de seu desenquadramento do Simples Nacional. Disse que sem ter sido notificada regularmente da sua exclusão do SIMPLES NACIONAL, seria totalmente improcedente o Auto de Infração que se dispõe a exigir da Impugnante o recolhimento de tributação pelo regime NORMAL.

Sobre a matéria, assim dispõe o art. 16 da Lei Complementar 123/2006:

Art.16. A opção pelo Simples Nacional da pessoa jurídica enquadrada na condição de microempresa e empresa de pequeno porte dar-se-á na forma a ser estabelecida em ato do Comitê Gestor, sendo irretratável para todo o ano-calendário.

1º-A. A opção pelo Simples Nacional implica aceitação de sistema de comunicação eletrônica, destinado, dentre outras finalidades, a: (Incluído pela Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011)

I - cientificar o sujeito passivo de quaisquer tipos de atos administrativos, incluídos os relativos ao indeferimento de opção, à exclusão do regime e a ações fiscais; (Incluído pela Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011)

§ 1º-B. O sistema de comunicação eletrônica de que trata o § 1º-A será regulamentado pelo CGSN, observando-se o seguinte: (Incluído pela Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011)

I - as comunicações serão feitas, por meio eletrônico, em portal próprio, dispensando-se a sua publicação no Diário Oficial e o envio por via postal; (Incluído pela Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011)

II - a comunicação feita na forma prevista no **caput** será considerada pessoal para todos os efeitos legais; (Incluído pela Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011)

§ 1º-D. Enquanto não editada a regulamentação de que trata o § 1º-B, os entes federativos poderão utilizar sistemas de comunicação eletrônica, com regras próprias, para as finalidades previstas no § 1º-A, podendo a referida regulamentação prever a adoção desses sistemas como meios complementares de comunicação. (Incluído pela Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011).

Sobre a matéria, importante também analisar, a Resolução CGSN nº. 94, a respeito do procedimento para exclusão do contribuinte do multicidado regime:

Art. 110. A opção pelo Simples Nacional implica aceitação de sistema de comunicação eletrônica, a ser disponibilizado no Portal do Simples Nacional, destinado, dentre outras finalidades, a: (Lei Complementar nº 123, de 2006), art. 16, §§ 1º-A a 1º-D)

I - cientificar o sujeito passivo de quaisquer tipos de atos administrativos, incluídos os relativos ao indeferimento de opção, à exclusão do regime e a ações fiscais;

II - encaminhar notificações e intimações; e

III - expedir avisos em geral.

§ 1º Quando disponível, o sistema de comunicação eletrônica de que trata o **caput** observará o seguinte: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 16, § 1º-B)

I - as comunicações serão feitas, por meio eletrônico, no Portal do Simples Nacional, dispensando-se a sua publicação no Diário Oficial e o envio por via postal;

II - a comunicação feita na forma prevista no **caput** deste artigo será considerada pessoal para todos os efeitos legais;

§ 3º Enquanto não disponível o aplicativo relativo à comunicação eletrônica do Simples Nacional, os entes federados poderão utilizar sistemas de comunicação eletrônica, com regras próprias, para as finalidades previstas no **caput**. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 16, § 1º-D)

§ 4º O sistema de comunicação eletrônica do Simples Nacional, previsto neste artigo:

I - não exclui outras formas de intimação previstas nas legislações dos entes federados; (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 39, **caput**)

Analizando os dispositivos da legislação que rege a matéria acima transcrita, resta claro que o procedimento de exclusão do sujeito passivo ocorreu em absoluta consonância com a legislação vigente, principalmente com o exposto no § 4º, inciso I do art. 110 da Resolução 94/2011, já que a exclusão do autuado do multicidado regime teve publicação no Diário Oficial do Estado da Bahia, forma prevista no RPAF/99.

Nesta linha, acolho os novos demonstrativos de débito elaborados pela autuante fls. 421/ 426, totalizando R\$6.399,27 – 2010 e R\$439,95 – 2009.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.”

Intimado dessa Decisão, o autuado recorreu às fls. 480/490, iniciando por sintetizar a lide em discussão, com transcrição da ementa respectiva, passando a arguir o seguinte:

- i. Proibição de utilização de multa com fins confiscatórios, com transcrição de julgado oriundo da 1ª Câmara de Recursos Fiscais nesse sentido, como também de doutrina de Celso Bandeira de Melo e ainda ementa de julgado do STJ;
- ii. No mérito, requereu de logo a realização de perícia contábil em busca da verdade material. Transcreveu os arts. 145 e 146 do RPAF-BA;
- iii. O débito impugnado corresponde ao crédito fiscal relativos aos períodos de apuração de 02/09 e 01/10 no total de R\$ 473,31 e R\$ 6.628,73, como disse ter sido reconhecido pela preposta fiscal quando da informação fiscal.
- iv. Duplicidade na cobrança e dificuldade em compensar o crédito fiscal como disse já ter pontuado alhures, isto porque a autuante não coligir ao PAF documento algum que comprove o efetivo procedimento de compensação em outro PAF, insistindo na realização de perícia pela ASTEC ante à denúncia espontânea nos Autos nº 8000000575120;
- v. Pede por fim o total provimento do seu Recurso para que o presente Auto de Infração seja julgado nulo, e improcedente; requerendo sucessivamente, o julgamento parcial com redução da multa de 60% para 30%.

Em face do valor controvertido, a PGE/PROFIS não foi instada a proferir Parecer.

VOTO

Compulsados os autos, de início, verifico estarem cumpridos os requisitos do art. 39 do RPAF-BA, merecendo, de logo, ser repelido o pedido de realização de prova pericial, pois estão presentes no processo todos os elementos para prolação do julgamento, já tendo sido procedidas revisões fiscais em face das alegações defensivas com dedução dos valores recolhidos através do Simples Nacional.

O apelo do contribuinte, gira, essencialmente, em derredor da matéria constante no relato supra, no sentido de que foi-lhe imposta multa confiscatória de 60%, em que pese haver expressa vedação na Carta Magna, a malferir o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, e a configurar o caráter de confisco, com desvio de finalidade, argüição esta que, por faltar competência material a este Colegiado, deixa de ser apreciada e decidida, estando a multa prevista no art. 42, II, "f", da Lei nº 7.014/96.

Observo, ainda, que as razões recursais reproduzem, em parte, matéria já declinada na impugnação, sem trazer documentos novos, e nem tampouco argumentos outros além do que já foi debatido e julgado ante os elementos extraídos da escrita fiscal do próprio contribuinte.

Cabe, nesta toada, examinar o pedido de redução de 60% para 30%, por ter sido imputada a falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares referente às operações escrituradas nos livros fiscais próprios, ou seja, infração quanto à obrigação principal.

Trata-se, pois, de pedido com fulcro em direito substancial, e considerando, ainda, que havia na legislação estadual (COTEB) regra que previa a competência material da instância especial deste CONSEF - Câmara Superior – neste sentido, regra esta que foi revogada com o advento da Lei nº 13.199 de 29/11/2014, é de se concluir-se que, à luz dos princípios capitais que garantem ao contribuinte a plena justiça fiscal, esta deve ser assegurada, a despeito de tal revogação, que não pode consistir em lacuna legislativa para impedir o exercício da ampla defesa.

Logo, dentro deste contexto fático-jurídico, se acaso o sujeito passivo alcançar a reunião de documentação bastante, caberá, se persistir na pretensão, representar à d. PGE/PROFIS a fim de, em controle de legalidade, se pertinente for, provocar o consequente exame e julgamento da redução de penalidade mediante Representação a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

Feita este destaque, por consistente, a salvar guardar os direitos do contribuinte, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo sem reforma a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 EM PARTE o Auto de Infração nº 232893.0103/14-9, lavrado contra MULTIMODA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$6.839,22 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, 18 de maio de 2015.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS