

A. I. Nº - 115969.0018/13-6
AUTUADO - AREIAMAR CONFECÇÕES ESPORTIVAS LTDA. – EPP
AUTUANTE - MARIA MADALENA BARRETO DA SILVA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 13.08.2015

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0146-04/15

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. OPERAÇÕES ESCRITURADAS. FALTA DE RECOLHIMENTO NO PRAZO REGULAMENTAR. Comprovado que o contribuinte, quando da ocorrência dos fatos geradores, encontrava-se desenquadrado no Simples Nacional. Item mantido. 2. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO NO PRAZO REGULAMENTAR. Uma vez comprovada à tributação regular nas operações subsequentes, torna-se inexigível o tributo neste caso, exigindo-se a multa por descumprimento de obrigação acessória equivalente a 60% do imposto não antecipado. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. É devida a antecipação tributária quando da entrada dos produtos no território deste Estado, ou seja, na primeira repartição fazendária do percurso. 4. CRÉDITO FISCAL. USO INDEVIDO. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DA ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. O regime da antecipação tributária encerra a fase de tributação sendo vedada a utilização do crédito fiscal no conta corrente da empresa já que foi ele apropriado para recolhimento antecipado do imposto. Itens 02 a 04 não contestados. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 04/06//2014, exige ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$89.233,40, sob a acusação do cometimento das seguintes irregularidades à legislação tributária deste Estado:

Infração 01 – Falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares, referente as operações escrituradas nos livros fiscais próprios – exercício de 2010. Valor: R\$83.201,16 e multa de 60%.

Infração 02 – Multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal com saídas posteriores normalmente tributadas. Meses: junho e dezembro de 2010, abril e outubro de 2012. Valor: R\$953,82.

Infração 03 – Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, referente as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou exterior relacionadas no anexo 88, nos meses de abril e dezembro de 2012. Valor: R\$2.131,24 com multa de 60%.

Infração 04 - Utilizou indevidamente como crédito fiscal o valor do ICMS recolhido a título de antecipação tributária em junho de 2011. Valor: R\$2.947,18 com multa de 60%.

A empresa (fls. 71/77) somente impugna o lançamento referente à infração 01. Diz que não procede a autuação já que se encontrava, à época dos fatos geradores, enquadrada no Simples Nacional conforme comprovava a cópia da “Declaração Anual do Simples Nacional” que anexa aos autos e enviada à Receita Federal. E que tal declaração havia sido normalmente recepcionada sem ressalvas pelo fisco federal desde 19/02/2010, Recurso de Impugnação contra o seu indeferimento ao Simples Nacional (Recurso nº 10580.722626/2010-21), que até então encontra-se “EM ANDAMENTO”, portanto sem nenhuma decisão por parte daquele fisco.

Informa que o seu indeferimento ao Simples Nacional decorreu do fato de ter débito fiscal na PGFN referente ao exercício de 2007, no valor de R\$983,71, débito este que já havia sido quitado em 21/10/2010, trazendo aos autos comprovantes da Receita Federal sobre a sua liquidação (fls. 87/88).

Observa a impossibilidade da sua exclusão ao Simples Nacional diante da sua impugnação ao indeferimento, recebida com efeito suspensivo. Em assim sendo, a sua exclusão somente poderá ocorrer quando do seu trânsito em julgado, “conforme decisões emanadas da Receita Federal do Brasil sobre o assunto”.

Em seguida, diz que a ação fiscal foi realizada sem ter sido verificado, através de seus registros contábeis, quais os créditos fiscais que possuía em decorrência das aquisições de mercadorias e, tampouco, observado que se encontra enquadrada no Simples Nacional.

Ressalta haver outra nulidade que macula a ação fiscal, uma vez que nela existe “ausência, expressa, de motivação fática haja vista que a autuação é sobremaneira genérica”. Neste sentido, diz ser ela contrária aos preceitos bailares do ordenamento jurídico nacional, tais como o princípio da motivação e do devido processo legal, conforme discorre, para concluir que o autuante descumpriu o comando do art. 142, do CTN.

Fala sobre a multa aplicada entendendo ter sido ela exigida em duplicidade.

Diz que a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia não tem competência para examinar e decidir sobre o seu enquadramento no Simples Nacional, competência exclusiva da Receita Federal. Em assim sendo, estando o seu desenquadramento ainda em análise pela Receita Federal, “não pode o Fisco Estadual emitir de forma antecipada qualquer parecer sobre o enquadramento legal ou não da empresa Autuada no Simples Nacional”.

Informa que irá providenciar o recolhimento do imposto exigido nas infrações 02 a 04.

Discorre sobre a “compensação no direito tributário” analisando o art. 170, do CTN, art. 66, da Lei nº 8.383/91, apresenta jurisprudência para pedir que o tributo ora exigido seja compensado com o que foi, anteriormente, recolhido.

Em seguida, impugna as multas aplicadas já que não desobedeceu a quaisquer normas da legislação tributária, muito menos cometeu atos irregulares. Afirma: “Toda ação fiscal há e ser instaurada em consonância com os princípios da moralidade, legalidade e eficiência, que devem reger os atos da administração pública direta, indireta e fundacional, nos termos estabelecidos no caput do artigo 37 do Pacto Fundamental, respeitando os direitos individuais, toda a matéria traçada pela Constituição do País”.

E neste caminhar, aduz que a ação fiscal encontra-se comprometida pela “ilegalidade”, consoante doutrina pátria e conforme ensina Ives Granda da Silva Martins (transcreve enxerto de trecho que diz ser do nominado jurista), para afirmar em seguida que: “Em consonância com a legislação de regência, acoplando-se aos fatos ocorridos na sua inteireza e legitimidade, não há como deixar de aplicar a **benigna amplianda**, ainda que se pretenda dar equiparação das leis fiscais às **legis odiosae**, costumeiramente mencionados pelos velhos doutrinadores”.

Requer, ainda, por equidade e pelos demais princípios que norteiam o processo administrativo fiscal a aplicação do quanto disposto no art. 159 “e seguinte”, do RPAF/BA.

Solicita por fim:

- a) *Seja conhecida e provida a presente IMPUGNAÇÃO E DEFESA, na forma pretendida na fundamentação desta defesa, por inoccorrência e incomprouada a ilicitude indicada na autuação sob hostilidade;*
- b) *Seja considerada portanto indevida instauração da ação fiscal, posto que os referidos imposto já foram efetivamente pagos.*
- c) *Seja, por equidade, dispensado o contribuinte do pagamento da multa, ou alternativamente da redução da mesma.*

Solicita de que todas as intimações e/ou informações de interesse da empresa sejam encaminhadas ao advogado subscritor da presente impugnação.

Em sua informação (fls. 91/92), a fiscal autuante após resumir os argumentos de defesa, assim se manifesta: “*examinou e considerou a situação cadastral da empresa através do sistema da Secretaria da Fazenda, onde consta o período do enquadramento da autuada no Simples Nacional de 01/07/2007 a 31/12/2008. Quanto à alegação de que a empresa estava enquadrada no Simples Nacional à época da autuação, não procede. O recurso de impugnação nº 10580.722626/2010-21, folhas 86 do Processo Administrativo Fiscal, ainda em andamento, contra o indeferimento do Simples Nacional pela Receita Federal comprova que a autuação está correta e é devida*”.

E conclui: “*A argumentações da autuada quanto ao processo de Impugnação sem decisão final, se referem a uma questão que não compete à autuante manifestar-se*”.

Mantém a autuação.

Visando dar subsídio à decisão a ser tomada e para que no futuro não fosse alegado qualquer cerceamento de defesa, esta 4ª JJF, em pauta suplementar do dia 31/03/2015, encaminhou o presente processo à Infaz Varejo para que a autuante, ou outro funcionário competente, prestasse informação, com as devidas provas, se já existe decisão da Receita Federal ao processo nº 10580.722626/2010-21. E, não havendo decisão, esta informação deveria ser acostada aos autos (fl. 95).

Em atendimento à diligência solicitada, a Infaz Varejo anexa ao processo o andamento daquele de nº 10580.722626/2010-21, o qual até 05/05/2015 ainda se encontrava “em andamento” junto à Receita Federal (fls. 100/101)

O advogado da empresa foi intimado a tomar conhecimento da solicitação deste CONSEF (fl. 103), porém não se pronunciou.

VOTO

A empresa não contesta as infrações 02 a 04, inclusive informa de que deverá providenciar o recolhimento do imposto nelas exigidos. Não consta nos autos este recolhimento. Em assim sendo, as mantenho em sua totalidade nos valores originais de R\$953,82, R\$2.131,24 e R\$2.947,18 respectivamente.

A infração 01 diz respeito a falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares, referente às operações escrituradas nos livros fiscais próprios no exercício de 2010.

O impugnante aduz que a ação fiscal encontra-se comprometida pela “ilegalidade, consoante doutrina pátria”. Ao analisar as peças que compõem o presente Auto de Infração claramente denota-se que as determinações do art. 39, do RPAF/BA foram seguidas. A infração está expressamente indicada, igualmente a legislação posta, bem como, a multa aplicada. Foram

apresentados os levantamentos fiscais e o recorrente, ao longo da lide, pode fartamente se defender.

A defesa traz, ainda, como nulidade da ação fiscal a “ausência, expressa, de motivação fática haja vista que a autuação é sobremaneira genérica”, portanto, contrária aos princípios da motivação e do devido processo legal, havendo, desta forma, desobediência ao comando do art. 142, do CTN por parte do fisco.

Este é argumento que não tem qualquer validade para que possa ser acolhido, pois:

1. No corpo do Auto de Infração consta clara e expressamente a infração e não de forma genérica como quer crer o n. impugnante. A autuante assim a descreveu: “*Deixou de recolher o ICMS nos prazo(s) regulamentar(es) referentes à operações escrituradas nos livros fiscais próprios no exercício de 2010*”.
2. Foram apensados aos autos cópia do livro Registro de Apuração do ICMS – RAICMS (fls. 11/36) escriturado pelo impugnante, demonstrativo (fl. 10), baseado no RAICMS indicando mês/ano, débito do imposto, crédito fiscal, saldo devedor, ICMS recolhido e ICMS a recolher. De igual forma, o preposto da empresa assinou Declaração (fl. 9) confirmando o recebimento de todos estes anexos, parte integrante do Auto de Infração, conforme dispõe o art. 28, § 4º, II e art. 41, II do RPAF/BA.
3. Também nele consta o infrator, a base de cálculo do imposto, a multa aplicada, os dispositivos regulamentares infringidos e demais dados que lhe deram sustentação.

Em síntese, todas as regras contidas no art. 39, do RPAF/BA foram fielmente cumpridas, estando o auto de infração lastreado em provas materiais que lhe dão sustentação.

Além do mais, o contribuinte perfeitamente entendeu o que se estava a exigir, e com tal entendimento, plenamente se defendeu nos prazos regulamentares, não havendo qualquer cerceamento do amplo direito de defesa.

Diante de tudo exposto, não houve qualquer fato para se aventar cerceamento do pleno exercício do direito de defesa, nem desobediência aos princípios da motivação e do devido processo legal, nem, tampouco, o autuante infringiu o comando contido no art. 142, do CTN.

O impugnante alega que a ação fiscal foi realizada sem ter sido verificado, através de seus registros contábeis, quais os créditos fiscais que possuía em decorrência das aquisições de mercadorias. Embora não expresse claramente pedido de nulidade da ação fiscal com tal argumento, o tomo desta forma já que, caso procedente, poderia afetar a base de cálculo do imposto exigido se não fosse possível o seu saneamento.

No caso presente, este é argumento inócuo, inclusive os créditos fiscais não são apurados através de registros contábeis e sim fiscais. Ao analisar os valores do ICMS exigidos, mês a mês, eles se restringem, unicamente, na transposição dos valores do ICMS devido escriturados pela própria empresa no seu Livro de Apuração do ICMS – RAICMS (fls. 11/36). Ou seja, ela própria, através do seu conta corrente fiscal (débitos X créditos), apurou o imposto devido em cada mês, restando claramente expresso de que ela tomou para tal cálculo todos os créditos fiscais existentes e a que tinha direito. E relembro, a imputação é: *Deixou de recolher o ICMS nos prazo(s) regulamentar(es) referentes à operações escrituradas nos livros fiscais próprios no exercício de 2010*”.

O impugnante afirma que a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia não tem competência para examinar e decidir sobre o seu enquadramento no Simples Nacional, pois exclusiva da Receita Federal. Em assim sendo, estando o seu desenquadramento ainda em análise pela Receita Federal, não pode o Estado desenquadrá-lo deste regime simplificado.

Embora argumento que não afeta a decisão a ser tomada, ressalto de que as determinações da Resolução CGSN nº 15/2007, embora revogada pela Resolução CGSN nº 94/2011 era a que vigia à

época dos fatos geradores. No seu art. 4º determinava que a competência para excluir de ofício ME ou EPP do Simples Nacional era da RFB e das Secretarias de Fazenda ou de Finanças do Estado ou do Distrito Federal, segundo a localização do estabelecimento, conforme transcrevo:

Art. 4 A competência para excluir de ofício ME ou EPP do Simples Nacional é da RFB 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.

Assim, tem competência a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia para desenquadrá-lo, de ofício, do Simples Nacional, quando ocorrer situações irregulares indicadas na norma tributária e afetas á sua competência.

No específico caso trazido pelo impugnante, diz ele quem o desenquadrado do Simples Nacional foi a RFB, conforme documentos que apensou aos autos, quais sejam:

1. Pelas informações da própria empresa, o seu desenquadramento teve por motivo débito junto a PGNF. Ao analisar o documento por ele apensado aos autos e intitulado “Extrato – Parcelamento Simples Nacional – Débitos administrados pela PGFN - Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (fl. 87) existia débito em aberto não recolhido desde 24/07/2007 e em Dívida Ativa, pois, frisa-se, junto a PGNF.
2. Consta às fls. 87/88 que, em 22/01/2010, a empresa havia liquidado o débito junto à PGNF. Entretanto, não se tem conhecimento da data desta liquidação.

Diante deste quadro, a empresa informa que interpôs recurso contra tal indeferimento e que o Estado somente poderia exigir o imposto na forma realizada quando da decisão definitiva (trânsito em julgado) do seu pedido. Entende, em síntese, que a exigência do imposto encontra-se suspensa.

Analisando os documentos trazidos pela empresa, resta comprovado:

1. Em 10/03/2010, a empresa impugna o Termo de Indeferimento do seu enquadramento no Simples Nacional (fl. 86) junto à União que, conforme diligência requerida por esta 4ª JJF, objetivando subsidiar o julgamento da lide (fls. 95), ainda se encontra “em andamento”, não havendo decisão da Receita Federal ao pedido formulado pela empresa até 05/05/2015 (fls. 100/101).
2. Pela Declaração Anual do Simples Nacional (fl. 82) e Recibo de Entrega – Declaração Original (fls. 84/85) que o contribuinte enviou á Receita Federal relativa a todo o exercício de 2010 consta, expressamente, a ressalva de que esta entrega, não gerava direito ao contribuinte à validação de sua opção ao Simples Nacional (“O contribuinte fica ciente de que esta declaração não gerará direito à validação da opção pelo Simples Nacional, o qual dependerá do resultado do processo administrativo informado”. Processo administrativo informado de nº10580.722626/2010-21), o que vai de encontro à sua afirmativa quando diz que foi ela recepcionada pelo órgão fazendário federal sem qualquer ressalva. E mais, a RFB lhe informa que ele não se encontrava enquadrado no Simples Nacional.

E ao lado destes fatos, conforme informações prestadas pelo fiscal autuante e constantes no cadastro desta Secretaria de Fazenda, a empresa permaneceu no Simples Nacional do dia 1º de julho de 2007 até 31/12/2008, quando deste regime foi excluído (fl. 91), ou seja, quase dois anos antes da impugnação ao indeferimento do seu enquadramento.

Estas informações, ao contrário do que alega a empresa, comprovam que ela não mais se encontrava enquadrada no regime do Simples Nacional quando da ocorrência dos fatos geradores, pois desenquadrada desde 31/12/2008.

Diante de todo este quadro, não se pode alegar suspensão da exigibilidade do imposto até decisão definitiva da RFB, conforme entende o sujeito passivo tributário, ao se analisar as determinações da Resolução CGSN nº 15/2007:

Art. 4º

§ 1º *Será expedido termo de exclusão do Simples Nacional pelo ente federativo que iniciar o processo de exclusão de ofício. (Alterado pela Resolução CGSN nº 46, de 18 de novembro de 2008)*

§ 3º *Será dado ciência do termo a que se refere o § 1º à ME ou à EPP pelo ente federativo que tenha iniciado o processo de exclusão, segundo a sua respectiva legislação. (Alterado pela Resolução CGSN nº 46, de 18 de novembro de 2008)*

§ 3º-A *Na hipótese de a ME ou EPP impugnar o termo de que trata o § 1º, este se tornará efetivo quando a decisão definitiva for desfavorável ao contribuinte, observando-se, quanto aos efeitos da exclusão, o disposto no art. 6º. (Incluído pela Resolução CGSN nº 46, de 18 de novembro de 2008)*

§ 3º-B *Não havendo impugnação do termo de que trata o § 1º, este se tornará efetivo depois de vencido o respectivo prazo, observando-se, quanto aos efeitos da exclusão, o disposto no art. 6º. (Incluído pela Resolução CGSN nº 46, de 18 de novembro de 2008)*

Art. 6 *A exclusão das ME e das EPP do Simples Nacional produzirá efeitos:*

V - na hipótese da alínea 'd' do inciso II do caput do art. 3, a partir do ano-calendário subsequente ao da comunicação pelo contribuinte ou, no caso de exclusão de ofício, ao da ciência da exclusão, observado o disposto § 5 ;(Redação dada pela Resolução CGSN n 33, de 17 de março de 2008)(grifo não original)

VI - nas hipóteses previstas nos incisos II a X, XIII e XIV do art. 5º, a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo nova opção pelo regime diferenciado e favorecido do Simples Nacional pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes; (Redação dada pela Resolução CGSN nº 20, de 15 de agosto de 2007)

VII – a partir da data dos efeitos da opção pelo Simples Nacional, nas hipóteses previstas nos incisos XI e XII do art. 5 .

§ 5 *Na hipótese do inciso V do caput, será permitida a permanência da ME e da EPP como optante pelo Simples Nacional mediante a comprovação da regularização do débito no prazo de até 30 (trinta) dias contado a partir da ciência da exclusão. (grifo não original).*

E continua a nominada Resolução:

§ 8 *A ME ou a EPP excluída do Simples Nacional sujeitar-se-á, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.*

§ 9 *Para efeito do disposto no § 8, na hipótese do inciso III do art. 6, bem como na do § 3 desse mesmo artigo, a ME ou a EPP desenquadrada do Simples Nacional ou impedida de recolher o ICMS e o ISS na forma desse regime especial de arrecadação, ficará sujeita ao pagamento da totalidade ou diferença dos respectivos impostos e contribuições, devidos de conformidade com as normas gerais de incidência, acrescidos, tão-somente, de juros de mora, quando efetuado antes do início de procedimento de ofício.*

§ 14. *Na hipótese da alínea 'c' do inciso II do art. 3º, uma vez que o motivo da exclusão deixe de existir, havendo a exclusão retroativa de ofício no caso do inciso I do art. 5º, o efeito desta dar-se-á a partir do mês seguinte ao da ocorrência da situação impeditiva, limitado, porém, ao último dia do ano-calendário em que a referida situação deixou de existir. (Incluído pela Resolução CGSN nº 50, de 22 de dezembro de 2008) (Vide art. 26 da Resolução CGSN nº 50, de 2008)*

A empresa ainda solicita que o imposto apurado na forma do Simples Nacional que havia recolhido fosse abatido da presente ação fiscal. Em primeiro, não cabe a este Colegiado realizar compensação de débito fiscal. Existe procedimento específico e claramente posto do RPAF/BA para tal situação. Em segundo, a prova destes pagamentos não foi carreada aos autos. A declaração enviada à RFB não comprova tal recolhimento.

Diz o contribuinte ter havido duplicidade da multa aplicada. Pela análise das peças processuais, não se constata tal fato. Deveria tal argumento ter sido claro e expresso, indicando onde ele ocorreu. Não o fazendo, não pode ele ser recepcionado.

Impugna em seguida as multas aplicadas já que não desobedeceu a quaisquer normas da legislação tributária, muito menos cometeu atos irregulares, entendendo ter a ação fiscal desobedecido os princípios da moralidade, legalidade e eficiência. Requer, por equidade, a aplicação do quanto disposto no art. 159 “e seguinte”, do RPAF/BA.

Em primeiro, irregularidades foram cometidas, inclusive confessadas (infrações 02 a 04). Em segundo, as multas foram corretamente aplicadas, conforme disposto no art. 42, da Lei nº 7.014/96,

não havendo qualquer desobediência por parte do fisco aos princípios da moralidade, legalidade e eficiência. Em terceiro, esta 1ª Instância não possui competência legal para cancelar ou mesmo reduzir multas pelo descumprimento de uma obrigação principal.
Por tudo quanto exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **115969.0018/13-6**, lavrado contra **AREIAMAR CONFECÇÕES ESPORTIVAS LTDA. – EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$88.279,58**, acrescido das multas de 50% sobre R\$16.743,84, e de 60% sobre R\$71.535,74, previstas no art. 42, incisos I, "a", II, "f", e "d" e VII "a" da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, mais a multa no valor de **R\$953,82**, previstas no art,42, II "d" da já nominada Lei e dos acréscimos moratórios estabelecidos na Lei nº9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de agosto de 2015

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATORA

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR