

PROCESSO - A. I. Nº 232368.0003/11-7
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - W. T. INDÚSTRIA DE CALÇADOS LTDA. (W. T. CALÇADOS)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 2ª JJF Nº 0214-02/11
ORIGEM - INFAZ SERRINHA
INTERNET - 16/04/2014

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0065-12/14

EMENTA: ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NOVA DECISÃO. Afastada a nulidade atribuída à infração 1 pela instância de piso. De acordo com a regra insculpida pelo art. 41, §5º, II da LC 123/06, c/c o art. 2º, §§ 6º e 7º da Resolução CGSN nº 30/08, é possível os Estados e Municípios fiscalizarem, julgarem administrativamente e inscreverem na dívida ativa os débitos referentes aos tributos de suas competências, recolhidas dentro da cesta de tributos do Simples Nacional. Retorno do auto à 1ª Instância para novo julgamento. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela R. 2ª Junta de Julgamento Fiscal nos termos do art. 169, I, “a”, item 1, do RPAF/99, com vistas ao reexame da Decisão proferida nos autos do presente PAF que julgou parcialmente procedente a exigência fiscal.

O lançamento de ofício foi lavrado em 23.03.2011, para exigir ICMS e multa no valor histórico de R\$176.786,99, em razão das 3 infrações, das quais, após julgamento, restou nula a infração 1, e procedente as infrações 2, 3.

Deste modo, só a infração 01 é objeto do presente Recurso, a seguir transcrita, *in litteris*:

Infração 01 – deixou de recolher ICMS em razão de considera receita tributável como não tributável ao informar os valores das receitas no Programa Gerados do DAS – PGDAS -, no valor de R\$172.212,27, conforme demonstrativo 1, 2 e 3 e demonstrativo de documentos fiscais emitidos com código fiscal de operação-industrialização efetuada para outra empresa.

O autuado apresentou tempestivamente defesa (fls. 626 a 629), contestando a infração 1 e quedando-se silente em relação as infrações 2 e 3. Em seguida, houve informação fiscal (fl. 192) concluindo pela procedência do Auto de Infração.

Regularmente instruído, o processo foi a julgamento que decidiu pela nulidade da infração 01 embasada na seguinte argumentação, *in verbis*:

“VOTO

Neste processo, no caso da infração 01, foi efetuado lançamento de tributo apurado através do Programa Gerador do DAS-PGDAS, cuja conclusão fiscal, está baseada no fato de o autuado ter considerado como receita de mercadorias com substituição tributária as vendas de mercadorias industrializadas pelo estabelecimento, nos totais constantes nos Extratos do Simples Nacional às fls. 12/13, 15/38, e 40/63, cujos valores se referem às notas fiscais relacionadas às fls. 64 a 71.

Já as infrações 02 e 03, o lançamento faz referência a aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessórias, em razão da falta de escrituração no Registro de Entradas de notas fiscais de mercadorias tributadas e não tributadas, respectivamente.

Portanto, o Auto de Infração exige, de contribuinte optante pelo Simples Nacional, imposto por descumprimento de obrigação principal e multa por descumprimento de obrigação acessória.

O contencioso administrativo relativo ao Simples Nacional será de competência do órgão julgador integrante da estrutura administrativa do ente federativo que efetuar o lançamento fiscal (art.39 da LC 123/06 combinado com o art. 11, da Resolução CGSN nº 30/08), observados os dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais desse ente federativo.

Contudo, está previsto no artigo 19, §3º da Resolução CGSN nº 30/08, que deverão ser utilizados os documentos de autuação e lançamento fiscal específicos de cada ente federativo, na hipótese de descumprimento das obrigações principal e acessórias.

No caso da infração 01, por exigir imposto pelo Simples Nacional, não há como manter o presente lançamento, tendo em vista que é de competência exclusiva da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGNF) representar privativamente a União, na execução de sua dívida ativa de caráter tributário, ou seja, apurar e inscrever, para fins de cobrança judicial, a Dívida Ativa da União, tributária ou de qualquer outra natureza.

Assim, considerando-se a competência de cada ente federativo, no caso de eventual execução fiscal, julgo nula este item da autuação, por não atendimento ao devido processo legal, com fulcro no artigo 18, do RPAF/99.

Recomendo a autoridade fiscal instaurar novo procedimento fiscal específico visando efetuar o lançamento da citada infração, obedecendo as regras do Simples Nacional, instituídas pela Resolução CGSN nº 30/08 e alterações.

No tocante aos itens 02 e 03, referente a multa por descumprimento de obrigação acessória, em razão da falta de escrituração nos livros fiscais de notas fiscais relativas a aquisições de mercadorias tributáveis e não tributáveis, respectivamente, o sujeito passivo aduz que o crédito tributário em relação a tais infrações será extinto no prazo legal e com as reduções cabíveis. Diante do reconhecimento do autuado de que quitará o débito em questão, deixo de apreciar a alegação de decadência, e considero totalmente subsistentes tais infrações.

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

Com a anulação da infração 1, conforme previsão legal, foi interposto o presente Recurso de Ofício.

Em Sessão de Julgamento do dia 03 de setembro de 2012, essa 2ª CJF fez um pedido de emissão de Parecer jurídico à PGE/PROFIS, fl. 661, para que se firmasse entendimento quanto à possibilidade ou não da manutenção do lançamento de ofício constante na peça original, tomando por base a Lei Complementar 123/06, em especial os art. 41, §§2º e 3º.

Em resposta, foi elaborado o Parecer 664 a 673 da lavra do n. procurador José Augusto Martins Junior. Após relatar o pedido de consulta de fl. 661, trouxe o entendimento da n. 2ª JJF exarado no Acórdão debatido.

Adentrando a análise da presente consulta, o i. parecerista sintetiza a questão da seguinte forma: se é possível no mesmo Auto de Infração, constar a exigência de imposto por infração às regras atinentes ao Simples Nacional, igualmente, multas por descumprimento de obrigações acessórias.

Começa sua análise fazendo um breve resumo do Simples Nacional.

Colaciona o art. 170, IX do CF sobre a imposição do tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte, com sede e administração no Brasil, afirmando que dentro dessa ótica foi editada a Lei Complementar 123/06 em que foi instituído o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de pequeno Porte, no âmbito das três ordens jurídico-estatais do Estado Federal brasileiro, intitulado o Simples Nacional. Informa que esta divisão tripartite de competências trouxe certas inquietações e turbações sobre o efetivo papel de cada unidade na aplicação desse sistema.

Explica que, inobstante as essas inquietações, foram firmados regramentos auxiliares no sentido de esclarecer o verdadeiro alcance do art. 33 da Lei Complementar, cujo teor transcreve.

Assevera que diante desse conjunto normativo, foi editado pelo Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN) a Resolução CGSN 30/2008 para disciplinar os procedimentos de fiscalização, lançamento e contencioso administrativo relativos ao Regime especial Unificado de Arrecadação de tributos devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte. Colaciona o art. 2º dessa

Resolução para então afirmar que as autoridades fiscais das três unidades federadas poderão realizar o procedimento de fiscalização e efetuar o lançamento de todos os tributos incluídos no regime único de arrecadação.

Assegura que *“a nosso sentir, a Lei Complementar nº 123/96, autoriza claramente a realização do ato de lançamento pela autoridade administrativa da unidade federada que está realizando a fiscalização, compreendendo todos os tributos da cesta do Simples Nacional”*. Para sustentar a sua tese, socorre-se do quanto previsto no art. 2º, §7º do CGSN nº 30/2008, que novamente transcreve.

Afiança que *“não há que se confundir o ato de lançamento, e seu consectário, com o ato de cobrança judicial do crédito tributário devidamente constituído, porquanto tratar-se de situações absolutamente distintas e compreendidas em etapas diferentes da persecução do crédito tributário”* para então reafirma que não existe nenhum óbice para efetivação do lançamento.

Aduz que se poderia objetar o termo “apurar” descrito no §2º do art. 41 da Lei Complementar 123/06 teria o sentido de efetuar o lançamento, contudo, entende que da análise sistemática da norma, verifica-se que a expressão “apurar” significa a mensuração do crédito tributário após a sua inscrição em dívida ativa.

Conclui que não há qualquer impedimento para o lançamento, inclusive o julgamento da lide administrativa pelo CONSEF, conforme preceitua o art. 39 da Lei Complementar nº 123/96, que cita.

Após, o PAF foi remetido ao CONSEF para apreciação, instrução e julgamento.

Na Sessão de Julgamento do dia 09 de setembro de 2013, essa e. 2ª CJF converteu novamente o feito e diligência, já que foi noticiado em mesa a celebração de Convênio entre a PGE e a PGFN sobre a cobrança dos lançamentos relativos ao Simples Nacional.

Em resposta ao solicitado, os autos retornaram à PGE/PROFIS, passando outra vez nas mãos do procurador José Augusto Martins Jr que informou que não foi firmado o mencionado *“Convênio com a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, até a emissão da presente manifestação, restando, desta forma, inalterada o contexto jurídico em que se baseou o opinativo acima indicado [anterior], que concluiu pela possibilidade do lançamento pelo Estado das infrações referentes ao Simples Nacional”*.

VOTO

Temos em análise Recurso de Ofício em virtude da desoneração ocorrida pela declaração de nulidade da infração 01 do presente Auto de Infração.

Os n. Julgadores de primeira instância, entenderam, com base no art. 31 da Lei Complementar nº 123/06 e artigos 11 e 19 da Resolução CGSN nº 30/08, que somente a PGNF poderia exigir o imposto devido a título de Simples Nacional. Explicaram tal posicionamento, pois, na execução de qualquer dívida ativa da União de caráter tributário, seria de competência exclusiva da PGFN apurar e inscrever, para fins de cobrança judicial tributária ou de qualquer outra natureza os tributos devidos a este Ente da Federação. Então vejamos.

Creio que para o deslinde das questões lançadas neste Auto de Infração é necessário se debruçar sobre dois pontos fundamentais: a) a análise da legislação posta, com a sua integração à realidade dos fatos e, b) a diferenciação entre o ato do lançamento e o ato de cobrança da dívida tributária resultado desse lançamento.

Quanto ao primeiro aspecto, transcrevo os artigos 39 da LC 123/06 e 11 e 19 da CGSN nº 30/80 que embasaram o julgamento de primeiro grau, *in verbis*:

“LC 123/06

Art. 39. O contencioso administrativo relativo ao Simples Nacional será de competência do órgão julgador integrante da estrutura administrativa do ente federativo que efetuar o lançamento, o indeferimento da opção ou a exclusão de ofício, observados os dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais desse ente.

§ 1º O Município poderá, mediante convênio, transferir a atribuição de julgamento exclusivamente ao respectivo Estado em que se localiza.

§ 2º No caso em que o contribuinte do Simples Nacional exerça atividades incluídas no campo de incidência do ICMS e do ISS e seja apurada omissão de receita de que não se consiga identificar a origem, a autuação será feita utilizando a maior alíquota prevista nesta Lei Complementar, e a parcela autuada que não seja correspondente aos tributos e contribuições federais será rateada entre Estados e Municípios ou Distrito Federal.

§ 3º Na hipótese referida no § 2º deste artigo, o julgamento caberá ao Estado ou ao Distrito Federal.

§ 4º A intimação eletrônica dos atos do contencioso administrativo observará o disposto nos §§ 1º-A a 1º-D do art. 16.

*§ 5º A impugnação relativa ao indeferimento da opção ou à exclusão poderá ser decidida em órgão diverso do previsto no **caput**, na forma estabelecida pela respectiva administração tributária.*

§ 6º Na hipótese prevista no § 5º, o CGSN poderá disciplinar procedimentos e prazos, bem como, no processo de exclusão, prever efeito suspensivo na hipótese de apresentação de impugnação, defesa ou Recurso.

Resolução CGSN nº 30/08

Art. 11. O contencioso administrativo relativo ao Simples Nacional será de competência do órgão julgador integrante da estrutura administrativa do ente federativo que efetuar o lançamento ou a exclusão de ofício, observados os dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais desse ente federativo.

§ 1º O Município poderá, mediante convênio, transferir a atribuição de julgamento exclusivamente ao respectivo Estado em que se localiza.

§ 2º Na hipótese referida no art. 10, o julgamento caberá ao Estado ou ao Distrito Federal, ou à Secretaria da Receita Federal do Brasil, caso esta tenha sido a responsável pelo lançamento.

(...)

Art. 19. Enquanto não disponibilizado o sistema eletrônico único previsto nesta Resolução, deverão ser utilizados os procedimentos fiscais previstos na legislação de cada ente federativo.

§ 1º A ação fiscal e o lançamento serão realizados tão-somente em relação aos tributos de competência de cada ente federativo.

§ 2º Na hipótese do § 1º, a apuração do crédito tributário deverá observar as disposições da Resolução CGSN nº 51, de 22 de dezembro de 2008. (Redação dada pela Resolução CGSN nº 50, de 22 de dezembro de 2008) (Vide art. 26 da Resolução CGSN nº 50, de 2008)

§ 3º Deverão ser utilizados os documentos de autuação e lançamento fiscal específicos de cada ente federativo, na hipótese de descumprimento das obrigações principal e acessórias. (Redação dada pela Resolução CGSN nº 32, de 07 de fevereiro de 2008) (Grifos nosso)

Pois bem, o *caput* do art. 39 da LC 123/06, cujo teor foi reproduzido no *caput* do art. 11 da CGSN 30/08, já determina claramente que o contencioso administrativo relativo ao Simples Nacional será de competência do órgão julgador integrante da estrutura administrativa do ente federativo que efetuar o lançamento cobrando o imposto devido (a este ente da Federação), observados as normas atinentes aos processos administrativos fiscais desse ente federativo.

Deste modo, fica patente o posicionamento do legislador em permitir que todos os entes da Federação possam fiscalizar a correta apuração do valor referente ao SIMPLES NACIONAL e, conforme o caso, fazer o julgamento administrativo conforme as regras previstas para o processo administrativo fiscal de cada unidade da Federação.

Ademais, não entendo que o §3º do art. 19, da Resolução CGSN ao prever a utilização de documentos de autuação e lançamento fiscal específicos de cada ente federativo, tenha determinado que o julgamento e a cobrança do débito apurado pelos outros entes da Federação sejam cobrados unicamente pela PGFN. Ao contrário, vejo que está explícito que o lançamento e a fiscalização poderão ser feitos por qualquer ente da Federação em relação aos tributos de sua competência e que suas procuradorias podem assumir a titularidade da ação fiscal, mediante

convênio a ser estabelecido com a PGFN.

Observo que esse entendimento também é extraído da leitura do art. 41 da LC 123/06, conforme abaixo se lê:

Art. 41. Os processos relativos a impostos e contribuições abrangidos pelo Simples Nacional serão ajuizados em face da União, que será representada em juízo pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto no §5º deste artigo.

(...)

§ 5º Excetuam-se do disposto no caput deste artigo:

I - os mandados de segurança nos quais se impugnem atos de autoridade coatora pertencente a Estado, Distrito Federal ou Município;

II - as ações que tratam exclusivamente de tributos de competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, as quais serão propostas em face desses entes federativos, representados em juízo por suas respectivas procuradorias;

III - as ações promovidas na hipótese de celebração do convênio de que trata o § 3º deste artigo;

IV - o crédito tributário decorrente de Auto de Infração lavrado exclusivamente em face de descumprimento de obrigação acessória, observado o disposto no §1º-D do art. 33;

V - o crédito tributário relativo ao ICMS e ao ISS de que trata o §16 do art. 18-A. (grifo nosso)

No mesmo sentido, temos o próprio art. 2º da Resolução CGSN 30/08, ao dispor sobre a competência concorrente dos Estados e Municípios na fiscalização do cumprimento das obrigações principais e acessórias:

Art. 2º A competência para fiscalizar o cumprimento das obrigações principais e acessórias relativas ao Simples Nacional é da Secretaria da Receita Federal do Brasil (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.

§ 1º A competência para fiscalizar de que trata o caput abrangerá todos os estabelecimentos da ME e da EPP, observado o disposto no § 3º.

§ 2º No exercício da competência tributária municipal de que trata o caput, a ação fiscal abrangerá todos os demais estabelecimentos da ME ou da EPP, independentemente das atividades por eles exercidas, observado o disposto no § 3º.

§ 3º Na hipótese de realização, por Secretaria de Fazenda ou de Finanças de Estado, do Distrito Federal ou de Município, de ação fiscal em contribuinte com estabelecimento fora do âmbito de competência do ente federativo, este deverá comunicá-la à administração tributária do outro ente federativo para que, havendo interesse, se integre à ação fiscal.

§ 4º A comunicação de que trata o § 3º dar-se-á preferencialmente por meio eletrônico, no prazo mínimo de 10 (dez) dias antes do início da ação fiscal.

§ 5º As Secretarias de Fazenda ou de Finanças dos Estados poderão celebrar convênio com os Municípios de sua jurisdição para atribuir a estes a fiscalização a que se refere o caput.

§ 6º A competência para fiscalizar de que trata este artigo poderá ser plenamente exercida pelos entes federativos, de forma individual ou simultânea, inclusive de forma integrada, mesmo para períodos já fiscalizados.

§ 7º Na hipótese de ação fiscal simultânea, a autoridade fiscal deverá tomar conhecimento das ações fiscais em andamento, de forma a evitar duplicidade de lançamentos referentes ao mesmo período e fato gerador.

§ 8º Na hipótese do § 5º e de ação fiscal relativa a períodos já fiscalizados, a autoridade fiscal deverá tomar conhecimento das ações já realizadas, dos valores já lançados e das informações contidas no sistema eletrônico a que se refere o art. 5º, observando-se as limitações práticas e legais dos procedimentos fiscalizatórios.

§ 9º As autoridades fiscais não ficarão limitadas à fiscalização dos tributos instituídos pelo próprio ente federativo fiscalizador, estendendo-se sua competência a todos os tributos abrangidos pelo Simples Nacional.

Pela leitura do art. 41, §5º, II da LC 123/06, bem como do art. 2º, §6º e §7º da Resolução nº 30/08 do CGSN não paira dúvida quanto à possibilidade dos Estados e dos Municípios fiscalizarem, julgarem administrativamente e inscreverem na dívida ativa os débitos referentes aos tributos de suas competências, recolhidos dentro da cesta de tributos do SIMPLES NACIONAL.

Em outro aspecto, deve ser levada em consideração a diferenciação entre o ato do lançamento e o ato de cobrança da dívida tributária, apontada brilhantemente pelo Representante da PGE/PROFIS em seu Parecer.

Realmente, mesmo que não houvesse a previsão para a cobrança do crédito tributário pelas procuradorias dos Estados, Municípios e Distrito Federal, insculpida no art. 41, §2º c/c §5º, da LC 123/06, nada obstaría que cada ente da Federação fiscalizasse e julgasse o cumprimento das obrigações principais e acessórias pertinentes ao SIMPLES NACIONAL e enviasse à PGFN os créditos tributários apurados para inscrição na Dívida Ativa da União.

Destarte, mesmo que se trilhasse o entendimento esposado pela d. 2ª JJF de que somente a PGFN era a titular para a cobrança dos créditos tributários relativos ao SIMPLES NACIONAL, segundo a própria legislação acima citada, o lançamento, ato diverso ao da cobrança judicial, poderia ser realizado por outros entes de federação.

Dessa forma, entendo que o julgamento exarado pela 2ª JJF não obteve o costumeiro acerto, devendo ser anulado, para apreciação do mérito da questão, sob pena de supressão de instância.

Pelo tudo quanto exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para que seja anulada a Decisão de primeiro grau, para que então se proceda ao julgamento do mérito da infração 1.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso de Ofício interposto declarar NULA relativo ao Auto de Infração nº 232368.0003/11-7, lavrado contra **W. T. INDÚSTRIA DE CALÇADOS LTDA. (W. T. CALÇADOS)**, para que se determine o retorno dos autos para a 2ª JJF e se proceda ao julgamento de mérito da infração 1.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de março de 2013.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS