

A. I. Nº - 210751.0014/17-2
AUTUADO - AMSA COMÉRCIO DE CAULIM LTDA.- EPP
AUTUANTE - SANDOVAL DE OLIVEIRA SOUZA
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 09.01.2018

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0160-02/17

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. FALTA DE RECOLHIMENTO. O sujeito passivo, ainda que sob ação fiscal, efetivou denúncia espontânea do imposto confessadamente devido. Competência do Fisco da Bahia em realizar lançamento. Mantida a cobrança efetuada e a multa aplicada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 14 de agosto de 2017 e refere-se à cobrança de crédito tributário no valor de R\$ 50.693,91 além de multa percentual de 75%, pela constatação da seguinte infração:

Infração 01. **17.01.01.** Deixou de recolher o ICMS referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições, devido pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional fatos referentes aos meses de junho a dezembro de 2016.

A empresa autuada apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 27 a 34, onde, após firmar a sua tempestividade, entende ser totalmente equivocado, em razão dos fatos que demonstrará.

Após informar ser empresa dedicada a extração de minério, optante do regime do Simples Nacional, no qual realiza um recolhimento mensal num único documento no qual se inclui o ICMS, nos termos da Lei Complementar 123, artigos 12 e 13 inciso VII, transcritos.

Aduz que em razão da grave crise econômica que assola o país, se viu impossibilitada de recolher de forma integral os débitos tributários, motivo pelo qual efetuou pedido de parcelamento especial do débito em 19/12/2016, consoante documento, todavia, diante de erro contábil, deixou de recolher três meses do mencionado parcelamento, sendo notificada pelo Fisco do inadimplemento.

Tendo verificado a possibilidade de efetuar reparcelamento da dívida, apresentou novo pedido em 13/07/2017, englobando também os débitos tributários vinculados ao período de junho de 2016 a maio de 2017, na sistemática do Simples Nacional, ou seja, levou ao parcelamento todos os impostos e contribuições incidentes mensalmente em sua atividade, sob o regime do Simples Nacional, sendo o mesmo concedido e recolhida a primeira parcela em 17/07/2017, motivo pelo qual entende que os débitos objeto do presente lançamento se encontram com exigibilidade suspensa, nos termos do artigo 151, inciso VI do Código Tributário Nacional (CTN).

Assevera que tal cobrança ora realizada não poderia ocorrer, não somente diante do parcelamento, como, de igual modo, por se configurar bitributação, vez que os recolhimentos se encontram vinculados aqueles sob a égide do Simples Nacional, sendo o lançamento, pois, indevido, diante da vedação da cobrança em duplicidade, no ordenamento jurídico tributário.

Após transcrever o artigo 33 da Lei Complementar 123/06, se posiciona no sentido de que mesmo que inexistisse o parcelamento, diante do fato de estar na condição de optante do Simples Nacional, não poderia o Estado da Bahia lhe exigir qualquer débito, vez sujeita à fiscalização da Receita Federal, para a constatação do recolhimento de suas obrigações atinentes àquele sistema de tributação, tendo sido notificada pelo Ministério da Fazenda a efetuar os recolhimentos, o que

ocorreu, uma vez que as parcelas relativas ao ICMS já se encontram embutidas nos valores parcelados sendo repassadas ao estado, mencionando violação aos princípios da capacidade contributiva e do não confisco, além do pacto federativo.

Ressalta que em nenhum momento foi notificada acerca de eventual exclusão do Simples Nacional, nos termos do artigo 28 da Lei Complementar 123/06, e muito menos daquele regime excluída de fato, por não ter incorrido em nenhuma das condições previstas no artigo 29 do mencionado diploma legal, prova disso é que o novo parcelamento lhe foi concedido pela Receita Federal, não podendo ser instada a pagar duas vezes o mesmo tributo.

Por tal razão, entende que o lançamento deva ser julgado improcedente.

Informação fiscal prestada pelo autuante às fls. 39 a 42, aponta que a ação fiscal se iniciou em 03/07/2017 conforme Termo de Intimação acostado à fl. 04, sendo que nesta data a empresa tomou conhecimento de que seria fiscalizada no período de 01/01/2014 a 31/12/2016, e, portanto, não deveria realizar qualquer ato na tentativa de corrigir erros existentes que seriam detectados na fiscalização.

Menciona e transcreve o teor do artigo 26, inciso III do RPAF/99, e o fato da autuada mencionar na peça defensiva ter protocolado em 19/12/2016 pedido de parcelamento especial junto à Receita Federal, o que se comprova no documento de fl. 09, observando que os débitos declarados no referido pedido apenas contemplam os meses de novembro de 2014 a maio de 2016, e pelo fato de estarem em parcelamento, não foram incluídos no Auto de Infração.

Pontua, ainda, que no demonstrativo de fl. 03, não constam débitos de tal período (novembro de 2014 a maio de 2016), ainda que se apresentassem sem pagamento, pelo fato de terem sido declarados no pedido de parcelamento do contribuinte junto à Receita Federal.

Quanto ao argumento de ter sido feito reparcelamento do débito, englobando também os débitos de junho de 2016 a maio de 2017, aponta que conforme se verifica no protocolo da Receita Federal, não se trata de reparcelamento, e sim, de novo pedido de parcelamento, vez não contemplar os débitos de períodos anteriormente parcelados, sendo um novo pedido de parcelamento, efetuado após início da ação fiscal, onde a autuada solicita parcelamento de débitos dos períodos junho/2016 a maio/2017, ou seja, débitos dos períodos cobrados no Auto de Infração, junho a dezembro/2016.

Em síntese, assevera que no lançamento foram cobrados apenas, débitos do ICMS referentes ao período de junho a dezembro de 2016 conforme demonstrativo de fl. 03, reafirmando que a ação fiscal se iniciou em 03/07/2017 conforme se comprova na assinatura do termo de intimação à fl. 04, tendo o contribuinte, na tentativa de corrigir tais omissões nos pagamentos, protocolado junto à Receita Federal em 13/07/2017, dias após ser intimado, um pedido de parcelamento, incluindo no mesmo os débitos do ICMS dos meses de junho/dezembro/2016, que já estavam sendo fiscalizados e acrescentou no referido pedido, períodos de meses de 2017, na forma do protocolo abaixo copiado:

Nome Empresarial: AMSA COMERCIO DE CAULIM LTDA – EPP

CNPJ: 20.612.737/0001-72

Relação dos débitos parcelados

Período de Apuração	Vencimento	Nº do Processo	Saldo Dev. Original	Valor Atualizado
06/2016	20/07/2016		R\$ 14.265,43	R\$ 18.841,74
07/2016	22/08/2016		R\$ 16.257,65	R\$ 21.274,69
08/2016	20/09/2016		R\$ 21.886,15	R\$ 28.397,21
09/2016	20/10/2016		R\$ 28.399,21	R\$ 36.549,71
10/2016	21/11/2016		R\$ 12.627,38	R\$ 16.120,05

11/2016	20/12/2016		R\$ 18.071,81	R\$ 22.867,99
12/2016	20/01/2017		R\$ 30.080,11	R\$ 37.735,42
01/2017	20/02/2017		R\$ 39.467,85	R\$ 49.168,99
02/2017	20/03/2017		R\$ 22.997,42	R\$ 28.408,64
03/2017	20/04/2017		R\$ 35.257,26	R\$ 43.274,69
04/2017	22/05/2017		R\$ 24.338,39	R\$ 29.646,54
05/2017	20/06/2017		R\$ 28.824,42	R\$ 34.877,50

Valor total parcelado: R\$ 367.163,17

Número de parcelas: 60

Valor da primeira parcela: R\$ 6.119,39

Prazo para pagamento da primeira parcela: 17/07/2017

IMPORTANTE: A concessão do parcelamento está condicionada ao pagamento tempestivo da primeira parcela. Caso o recolhimento não seja efetuado até a data de vencimento do DAS, o pedido de parcelamento será considerado sem efeito.

Confirmação	recebida	via	Internet
pelo Agente	Receptor		SERPRO
em 13/07/2017 às 16:53:01 (horário de Brasília).			
Recibo:	1x26DUfNajWVIUOcYtVf59WXf37m		
Efetuated com	Código	de	Acesso
CPF : 273.421.827-53			

Garante não ter ocorrido nenhuma bitributação por parte do Estado na cobrança do referido Auto de Infração, como afirma a autuada em sua defesa, tendo a mesma “criado” a suposta bitributação, pois, mesmo ciente de que estava sendo fiscalizada, e na tentativa de livrar-se da infração agiu erroneamente ao protocolar junto à Receita Federal (em 13/07/2017), um novo pedido de parcelamento de débitos tributários (incluindo o ICMS), que estavam sem pagamento e sem nenhum parcelamento ativo, mas, que com certeza sabia que seriam detectados ao final da fiscalização, pois já estava sob ação fiscal.

Portanto, conforme entende provado, o Auto de Infração foi lavrado utilizando apenas os débitos do ICMS referentes ao período de junho/2016 a dezembro/2016 e neste sentido, pagamento ou solicitação de parcelamento de débitos posterior ao início da ação fiscal, não possui validade, o que torna a defesa totalmente incabível.

VOTO

O lançamento constitui-se em uma única infração arrolada pela fiscalização, objeto de defesa por parte da empresa autuada.

O autuante, quando do lançamento, descreveu com precisão a infração cometida, apontando a conduta praticada pelo contribuinte, os artigos infringidos, a previsão legal da multa, os prazos para interposição de defesa, ou usufruto do benefício de redução dos percentuais de multa, além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida no artigo 39 do RPAF/99.

Tanto é assim que a empresa autuada compareceu ao processo, exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa, prova disso é que abordou todos os aspectos da infração trazendo fatos e argumentos que ao seu entender elidiriam a mesma, com precisão e exercendo sem qualquer restrição o contraditório.

Passo, pois, à análise da mesma. A acusação é de falta de recolhimento do ICMS referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições, devido pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), sistema pelo qual a empresa é optante, nos meses de junho a dezembro de 2016.

Em primeiro lugar, esclareço que em qualquer momento da autuação se abordou eventual exclusão do contribuinte autuado do denominado Simples Nacional, razão pela qual soa estranho tal assertiva do sujeito passivo. Apenas e tão somente se efetivou o lançamento de imposto confessadamente devido ao Fisco, pela realização de operações, dentre as quais, aquelas sujeitas ao ICMS.

Por outro lado, inconteste a competência do autuante para a lavratura do Auto de Infração, diante ao contido no artigo 33 da Lei Complementar 123/06, segundo o qual *“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 desta Lei Complementar 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.”* (grifei).

No presente caso, somente se está a lançar os valores referentes ao ICMS declarados pelo próprio sujeito passivo quando do preenchimento da DASN, transmitida à Secretaria da Receita Federal. Ainda que fosse o caso, o teor do § 1º-C do mesmo artigo 33 permitiria se lançar outros tributos componentes da denominada “cesta” do Simples Nacional, uma vez que “as autoridades fiscais de que trata o caput têm competência para efetuar o lançamento de todos os tributos previstos nos incisos I a VIII do art. 13, apurados na forma do Simples Nacional, relativamente a todos os estabelecimentos da empresa, independentemente do ente federado instituidor”. (grifo do relator).

Ademais, na forma do § 3º do mesmo diploma legal, *“o valor não pago, apurado em procedimento de fiscalização, será exigido em lançamento de ofício pela autoridade competente que realizou a fiscalização”*.

Ou seja: a competência é plena.

Fato é que tendo a ação fiscal se iniciado em 03 de julho de 2017, conforme Termo de Intimação para Apresentação de livros e Documentos Fiscais, com assinatura nele aposta, acostado à fl. 04 dos autos, o sujeito passivo se encontrava, a partir daí, sob ação fiscal, lembrando que nos termos contidos no artigo 26, inciso II do RPAF/99, a emissão de intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento ou exibir elementos solicitados pela fiscalização, aí entendidos os livros e documentos fiscais configura início da ação fiscal, e, por via de consequência, cessa a espontaneidade do sujeito passivo em realizar denúncia espontânea de tributo devido, relativo ao período abarcado pela fiscalização.

No campo da legislação, assim rege o artigo 138 do Código Tributário Nacional (CTN): *A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração. O seu Parágrafo único complementa que não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração, e aí fica devidamente caracterizada, de forma cristalina, a irregular conduta adotada pela empresa autuada.*

Desta forma, como visto acima, não poderia o contribuinte, submetido a ação fiscal, denunciar espontaneamente os valores devidos, em 13 de julho de 2017, relativos ao período autuado, independentemente dos motivos e das razões que o levaram a tal, inclusive a alegada dificuldade de fluxo de caixa, tudo indicando ter assim agido, para tentar se livrar da aplicação de penalidade caso fosse autuado o imposto devido nos períodos objeto do lançamento.

Poderia até mesmo consultar ao preposto fiscal acerca da possibilidade de realizar tal pedido de parcelamento junto à Receita Federal, órgão que centraliza a arrecadação, muito embora a fiscalização seja descentralizada, conforme já visto linhas atrás.

Analisando os documentos acostados ao feito, constato que às fls. 16 a 19 consta o detalhamento do débito informado pelo próprio sujeito passivo do total mensal declarado como devido pelo mesmo. Tomando como exemplo o mês de junho de 2016, o temos a seguinte composição:

IRPJ	R\$ 507,88
CSLL	R\$ 507,88
COFINS	R\$ 431,41
PIS/PASEP	R\$ 103,17
INSS	R\$ 4.350,17
ICMS	R\$ 3.731,84

Em relação a este mês, observo que o valor lançado pela autuação para o mencionado período foi de R\$ 5.526,85, entretanto, no período o débito era o acima declarado, ou seja, R\$3.371,84, valor que deve ser retificado para o mês de tal ocorrência (junho de 2016).

Nos demais períodos, os valores lançados como devidos a título de ICMS são rigorosamente aqueles que constam no documento acima mencionado, sem qualquer outro reparo a ser feito.

Não há que se falar em bitributação, como aduziu o sujeito passivo, pois o imposto que se lançou, foi aquele devido pelo contribuinte, o qual abarcou, inclusive, parcelas vencidas e que não compunham o parcelamento anterior que foi devidamente interrompido, o que, entretanto, não convalida a sua conduta, bem como não o exime da imposição da multa devida por infração, tal como decidido, por exemplo, em julgamento similar, como a decisão da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, no Acórdão CJF 0042-12/10 no qual a relatora, Mônica Maria Roters, assim se posicionou em trecho de seu voto, devidamente acompanhado pelos demais Conselheiros: *“Ressalto que o art. 95, do RPAF/99 (Decreto nº 7.926/99) dispõe que o contribuinte pode, antes do início de qualquer procedimento fiscal, procurar espontaneamente a repartição fazendária de sua circunscrição para comunicar irregularidade ou recolher tributo não pago na época própria. Neste específico caso, o citado Decreto, em seu art. 98, exclui a aplicação de multa por infração à obrigação tributária ou acessória.*

Por outra banda, o art. 26, III, do citado Regulamento dispõe que uma ação fiscal se inicia com intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento ou exibir elementos solicitados pela fiscalização, momento em que cessa a espontaneidade de qualquer recolhimento de imposto por parte do contribuinte.

Os fatos apurados e a norma tributária vigente me impedem de acolher qualquer ato espontâneo por parte do recorrente, pois o imposto foi recolhido após início da ação fiscal. Em face do exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário para manter a Decisão recorrida diante da fundamentação ora exposta e solicita-se que o órgão Competente desta Secretaria da Fazenda homologue os valores efetivamente recolhidos”.

Seguindo a mesma esteira, a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal de igual forma seguiu o entendimento ora esposado, no sentido de que subsiste o lançamento, e a sua cobrança, inclusive de multa, na forma do Acórdão CJF 0272-11/08, no qual o então Conselheiro Relator Fábio de Andrade Moura, assim arrematou em sua decisão: *“Registre-se que o pagamento efetuado pelo contribuinte, cujos DAE's encontram-se às fls. 22/24, ocorreu em 12/11/2007, posteriormente, portanto, à lavratura do Auto de Infração (09/11/2007), o que, cmo curial, não inibe o prosseguimento do feito administrativo, nem impede a imposição da multa aplicada. (mantida a grafia original).*

Quanto ao pedido de cancelamento da multa aplicada, a competência para a sua análise é da Câmara Superior, a teor do quanto disposto no art. 159, do RPAF, não sendo o Recurso Voluntário sede própria para a sua discussão. Cabe ao contribuinte formular pleito específico

direcionado ao referido Órgão julgador, no qual demonstre o preenchimento dos requisitos regulamentares para obtenção da benesse, por critério de justiça. Com tais considerações, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, devendo ser homologados os pagamentos já efetuados”.

Da mesma maneira, a Egrégia 2ª Câmara do Conselho de Contribuintes do Estado do Rio de Janeiro, no Acórdão 9.759, ao apreciar o Recurso 30.588, datado de 03 de fevereiro de 2012, conforme se depreende de trecho do mesmo, através de seu relator, Conselheiro Gustavo Mendes Moura Pimentel: “Tendo sido efetuado o pagamento do crédito tributário, conforme argumenta a recorrente e confirma a SUACIEF, às fls. 40, porém parte tendo sido efetuado sob ação fiscal, este julgador entende que deve ser mantida a aplicação da penalidade para os períodos cujo vencimentos ocorreram em 22/03/2007, 20/04/2007, 22/05/2007 e 21/06/2007 com a redução prevista no artigo 4º da Lei 2.881/97”. (mantida a grafia original).

Como bem esclarecido, em sede de defesa, os valores mensais recolhidos na sistemática do Simples Nacional englobam diversos tributos, sendo fracionados nos valores e obedecendo as alíquotas correspondentes à tabela anexa à Lei Complementar 126/06, e tendo sido feito o parcelamento do débito, a cada mês deve ser apropriado pelo órgão competente da SEFAZ, o montante correspondente aos valores aqui lançados, uma vez que diante dos argumentos expostos, e em atenção à legislação, julgo o Auto de Infração procedente em parte, na forma da tabela abaixo:

Ocorrência	Valor devido
06/2016	R\$ 3.371,84
07/2016	R\$ 5.936,44
08/2016	R\$ 8.055,74
09/2016	R\$ 10.052,49
10/2016	R\$ 4.364,35
11/2016	R\$ 6.087,75
12/2016	R\$ 10.670,29
TOTAL	R\$ 48.538,90

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **210751.0014/17-2** lavrado contra **AMSA COMÉRCIO DE CAULIM LTDA. EPP**, devendo o contribuinte ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$48.538,90**, acrescido da multa de 75% prevista no artigo 44, inciso I da Lei Federal 9.430/96, com a redação estabelecida pela Lei 11.488/07, e dos acréscimos legais, devendo o órgão competente homologar os valores do imposto efetiva e comprovadamente recolhidos a título de denúncia espontânea realizada junto à Secretaria da Receita Federal.

Sala de Sessões do CONSEF, 22 de novembro de 2017.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA