

PROCESSO - A. I. Nº 210751.0014/17-2
RECORRENTE - AMSA COMÉRCIO DE CAULIM LTDA. - EPP
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JF nº 0160-02/17
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 08/04/2019

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0037-11/19

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. CRÉDITO TRIBUTÁRIO CONSTITUÍDO. O sujeito passivo, declarou os tributos na DASN. O crédito tributário está constituído, portanto, dotado de certeza, liquidez e exigibilidade. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Auto de Infração **Nulo**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pela autuada, em razão do Acórdão da 2ª JF Nº 0160-02/17, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, lavrado em 14/08/2017, para exigir créditos tributários no valor histórico de R\$50.693,91, com aplicação de multa 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.*

Da análise dos elementos trazidos aos Autos, a referida Junta de Julgamento Fiscal, decidiu, por unanimidade, pela Procedência em Parte do Auto de Infração com fundamento no voto condutor, abaixo transcrito.

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 não 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, incontestemente a competência do autuante para a lavratura do Auto de Infração, diante do 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 atuada.

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 atuado, 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 atuado 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\$3.731,84, 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 C/JF 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, como 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

Inconformado, o Sujeito Passivo interpôs Recurso Voluntário, visando a reapreciação da Decisão de piso pelos fatos e fundamentos abaixo arrolados:

A Recorrente informa 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 incisos VII, transcritos.

Traz que a Decisão Recorrida trata-se do Acórdão que julgou Procedente em Parte a impugnação apresentada pelo ora recorrente, nos seguintes termos:

“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.”

Informa que o lançamento tributário, feito pela SEFAZ Bahia, consubstanciado no referido Auto, visava a cobrança de suposto débitos de ICMS vinculado aos períodos de junho de 2016 a dezembro de 2016, no valor de R\$50.693,91.

Salienta que a presente cobrança confirmada em parte pelo Acórdão, mostra-se totalmente

equivocada, em razão dos fatos e fundamentos de direito que a ora recorrente demonstra.

A Recorrente informa que 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 nº 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 nº 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.

Diante de todo o exposto, entende que o lançamento deva ser julgado improcedente, em razão do mesmo estar comprovadamente incluído no parcelamento de seus débitos sob o regime do Simples Nacional.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pela autuada, em razão do Acórdão da 2ª JF Nº 0160-02/17, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, lavrado em 14/08/2017, para exigir créditos tributários no valor histórico de R\$50.693,91, com aplicação de multa de 75%, em razão de ter deixado 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.

Inicialmente, constato que a recorrente não traz fatos novos aos autos, assim passo a analisar os argumentos trazido e que já foram analisados na decisão de piso exaustivamente.

Antes de analisar o mérito, é necessário analisar como está fundamentado o parcelamento, está regulamentado nos artigos 46 e seguintes da Resolução CGSN no 140, de 2018. A RFB, Estados, Distrito Federal e Municípios poderão editar atos normativos complementares. No âmbito da RFB, trata-se da IN RFB no 1.508, de 4 de novembro de 2014.

O parcelamento será solicitado à Receita Federal do Brasil (RFB), exceto nas situações descritas nas hipóteses em que a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), quando o débito estiver inscrito em Dívida Ativa da União (DAU) ou ao Estado, Distrito Federal (DF) ou Município, com relação ao débito de ICMS ou de ISS, transferido para inscrição em Dívida Ativa estadual, distrital ou municipal, quando houver convênio com a PGFN nos termos do § 3º do art. 41 da Lei Complementar nº 123, de 2006, onde o lançamento individualmente pelo Estado, DF ou Município,

nos termos do art. 142 da Resolução CGSN no 140, de 2018 – o parcelamento desses débitos obedecerá inteiramente à legislação do respectivo ente.

É de se observar que o parcelamento pode ser solicitado a qualquer tempo, não há prazo final, inclusive de ICMS e ISS, constituídos e exigíveis, que se encontrem em cobrança no âmbito da RFB.

Não se aplica ao parcelamento à multa por descumprimento de obrigação acessória ou o ICMS e ISS, transferido para inscrição em Dívida Ativa estadual, distrital ou municipal, quando houver convênio com a PGFN nos termos do § 3º do art. 41 da Lei Complementar nº 123, de 2006, e no art. 47 e 48 da Resolução CGSN no 140, de 2018).

A inclusão de novos períodos de apuração (PA) não abrangidos pelo parcelamento original, é necessário efetuar a desistência do parcelamento em andamento e, na sequência, fazer um novo pedido de parcelamento.

Caso os débitos a serem incluídos não estejam declarados à RFB, deverá ser efetuada a apuração e transmissão da declaração no PGDAS.

O parcelamento não é facultativo para Estados e Municípios, todos os Estados e Municípios participam obrigatoriamente do Simples Nacional, assim, no pedido de parcelamento, não podem ser excluídos os valores referentes aos tributos de competência dos Estados e dos Municípios.

A Recorrente, deixou de recolher três mensalidades do parcelamento tributário, e, conseqüentemente, foi notificada pelo Fisco sobre o inadimplemento.

Informa que em ato contínuo, verificando a possibilidade de nova adesão, apresentou um novo pedido de parcelamento da dívida em 13/07/2017, englobando também os débitos tributários vinculados ao período de junho até maio de 2017, sob o regime do Simples Nacional.

É cristalino que o valor, além de está declarado, está parcelado, assim, o crédito tributário está constituído, portanto, dotado de certeza, liquidez e exigibilidade, pode até ser questionado a base de cálculo e alíquota aplicada.

Observe que o Art. 79, da Resolução CGSN Nº 94 DE 29/11/2011, é bem claro em relação ao caso concreto, pois traz, que verificada infração à legislação tributária por ME ou EPP optante pelo Simples Nacional, deverá ser lavrado Auto de Infração e Notificação Fiscal (AINF), emitido por meio do SEFISC.

Já o Art. 33, da referida Resolução (CGSN Nº 94 DE 29/11/2011), dispõe sobre a competência para fiscalizar o cumprimento das obrigações principais e acessórias relativas ao Simples Nacional que 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.

O § 3º do Art. 79, da Resolução CGSN Nº 94 DE 29/11/2011, é bem claro, que o valor não pago, apurado em procedimento de fiscalização, será exigido em lançamento de ofício pela autoridade competente que realizou a fiscalização, observe, que são os débitos apurados em procedimento de fiscalização, e não os débitos declarados, que é o caso concreto aqui analisado.

O § 8º do Art. 79, da Resolução CGSN Nº 94 DE 29/11/2011, não deixa dúvida, pois traz, que os débitos relativos aos impostos e contribuições resultantes das informações prestadas na DASN ou no PGDAS-D encontram-se devidamente constituídos, não sendo cabível lançamento de ofício por parte das administrações tributárias federal, estaduais ou municipais, ou seja, o crédito está constituído, e goza de liquidez e certeza.

A Lei Complementar nº 123 de 2006 também trouxe no seu Art. 25, § 10º, a obrigatoriedade de apresentar anualmente à Secretaria da Receita Federal do Brasil declaração única e simplificada de informações socioeconômicas e fiscais, que deverá ser disponibilizada aos órgãos de

fiscalização tributária e previdenciária e dispõe que a declaração constitui confissão de dívida e instrumento hábil e suficiente para a exigência dos tributos e contribuições que não tenham sido recolhidos resultantes das informações nela prestadas.

O Crédito é tão certo, e goza de liquidez, que no Art. 41, da LC 123/2006 traz que 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, estes impostos e contribuições são os que não tenham sido recolhidos resultantes das informações prestadas, no sistema eletrônico de cálculo dos valores devidos no Simples Nacional e na declaração (DASN), excetuando, o crédito tributário relativo ao ICMS e ISS que será representada em juízo pela Procuradoria de cada ente Federado.

Ante ao exposto, entendo que o débito encontra devidamente constituído, não sendo cabível lançamento de ofício por parte da Autuante, assim, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado e decretar a NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **NULO** o Auto de Infração nº **210751.0014/17-2**, lavrado contra **AMSA COMÉRCIO DE CAULIM LTDA. - EPP**.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de fevereiro de 2019.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

ELDE SANTOS OLIVEIRA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS