

| | |
|------------|---|
| PROCESSO | - A. I. Nº 232131.0004/11-2 |
| RECORRENTE | - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL |
| RECORRIDO | - TERRA VIVA COMÉRCIO DE EMBALAGENS E HORTIFRUTAS LTDA. |
| RECURSO | - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JJF nº 284-03/11 |
| ORIGEM | - INFRAZ FEIRA DE SANTANA |
| INTERNET | - 22/11/2012 |

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0340-11/12

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. VENDAS A PESSOAS NÃO INSCRITAS NO CADASTRO DE CONTRIBUINTES EM QUANTIDADES QUE CARACTERIZAM INTUITO COMERCIAL. O cálculo do imposto exigido a título de imposto substituto foi refeito para contemplar a dedução do ICMS da operação própria conforme previsto na legislação do Simples Nacional. Reduzido o valor do débito. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVÍDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, interposto pela 3ª 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 Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado em 02/09/11, para exigir ICMS totalizando valor de R\$110.524,49 acrescido da multa de 60% em decorrência da falta de retenção e o consequente recolhimento do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizada para contribuintes neste Estado.

O relator da 3ª JJF na Decisão proferida (fls. 977/979) fundamentou em seu voto que:

O lançamento em discussão cuida de ICMS que deixou de ser retido pelo autuado, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes não inscritos no cadastro estadual em quantidades que caracterizam intuito comercial.

O autuado alega falta de prova, nos autos, de que as mercadorias objeto desta autuação – sacos de lixo – fossem destinadas ao comércio pelos adquirentes. Aduz que constitui prática usual das famílias adquirirem sacos plásticos para lixeiros de sanitários, lixeiros de cozinha e sacos de maior porte para acomodar lixo mais grosso resultante dos descartes das residências que serão posteriormente coletados pelos caminhões compactadores do sistema público de coleta de lixo.

De acordo com as Notas Fiscais acostadas aos autos, as quantidades vendidas são realmente consideráveis, indicando intuito comercial. Não considero usual uma família adquirir, por exemplo, 700 kg de sacos plásticos para descarte de uso doméstico. As quantidades são de 700, 380, 200, 950, 600 kg... Considero superada essa objeção.

Quanto ao cálculo, o contribuinte tem razão. O ICMS é um tributo não cumulativo. Mesmo em se tratando de contribuinte optante pelo chamado “simples nacional”, se o que se cobra é a título de ICMS, não há como negar o crédito, pois do contrário não se trataria de ICMS, seria outro tributo.

Os Estados abriram mão de sua competência para legislar sobre ICMS relativamente aos contribuintes optantes pelo regime do simples nacional. Quem cuida da normatização dos aspectos tributários nesse sentido é o Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN), vinculado ao Ministério da Fazenda. De acordo com o § 9º do art. 3º da Resolução CGSN 51/08, com a redação da Resolução CGSN 61/09, em relação ao ICMS devido por substituição tributária pelas microempresas ou empresas de pequeno porte optantes pelo simples nacional, o imposto corresponderá à diferença entre a) o valor resultante da aplicação da alíquota interna sobre o preço máximo de venda a varejo fixado pela autoridade competente ou sugerido pelo fabricante, ou sobre o preço a consumidor usualmente praticado (inciso I), e b) o valor resultante da aplicação da alíquota interna ou interestadual sobre o valor da operação própria do substituto tributário (inciso II).

Ou, em linguagem simples, o imposto a ser retido pelo contribuinte optante pelo simples nacional, na condição de substituto tributário, corresponderá à diferença entre o tributo relativo às operações futuras a serem efetuadas pelo contribuinte substituído (débito) e o imposto da operação própria efetuada pelo substituto tributário (crédito).

Em face dos elementos apresentados pela defesa, o fiscal autuante reconheceu que se equivocou no cálculo do imposto, atribuindo o erro à fórmula contida na planilha do levantamento. Propõe que o valor do imposto seja reduzido para R\$ 18.420,75, conforme novas planilhas anexadas aos autos.

Não foi dada ciência da revisão ao contribuinte, e de fato neste caso tal medida é desnecessária, pois o resultado dos cálculos coincide integralmente com os cálculos apresentados pela defesa, deixando de haver lide nesse aspecto. Quanto à questão relativa à caracterização ou não dos adquirentes como consumidores finais ou como comerciantes, a informação fiscal não aduziu nada de novo, ficando a definição nesse sentido a cargo do órgão julgador, e isso já foi decidido.

Acato o resultado da revisão do lançamento. O demonstrativo do débito deverá ser refeito com base nos elementos discriminados à fl. 935.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente observo que na defesa apresentada o contribuinte alegou que o imposto exigido relativo à falta de retenção de ICMS em decorrência de vendas realizadas para contribuintes não inscritos tratava-se de imposto exigido por presunção. Na realidade trata-se da análise do exame do mérito, que foi apreciada pelo relator da primeira instância quando fundamentou que de acordo com as notas fiscais acostadas aos autos, “*as quantidades vendidas são realmente consideráveis, indicando intuito comercial. Não considero usual uma família adquirir, por exemplo, 700 kg de sacos plásticos para descarte de uso doméstico. As quantidades são de 700, 380, 200, 950, 600 kg... Considero superada essa objeção*”.

Quanto à parte que foi desonerada e que foi objeto do Recurso de Ofício, verifico que na defesa apresentada o contribuinte alegou que estando inscrito no cadastro de contribuintes como optante do Simples Nacional, na apuração do ICMS-ST exigido não foi deduzido o valor do crédito relativo ao ICMS da operação própria em obediência ao princípio não cumulativo do imposto, conforme demonstrativo apresentado à fl. 885, apontando valor devido de R\$18.420,75 o qual foi acatado pelo autuante, conforme demonstrativos às fls. 937/974 e na Decisão da JJF.

Verifico que conforme art. 3º, §10 da Res. CGSN 51/09, o valor do ICMS devido por substituição tributária, será calculado utilizando a seguinte fórmula:

Imposto devido = [base de cálculo x (1,00 + MVA) x alíquota interna] – dedução, onde:

I – base de cálculo “é o valor da operação própria realizada pela ME ou EPP substituta tributária;

II – “MVA” é a Margem de valor agregado divulgada pelo ente a que se refere o §8º;

III – “alíquota interna” é a do ente a que se refere o §8º;

IV – “dedução” é o valor mencionados no inciso II do §9º, ou seja, o valor resultante da aplicação da alíquota interna ou interestadual sobre o valor da operação ou prestação própria do substituto tributário.

Pelo exposto, restou comprovado que tendo feita opção pelo Simples Nacional como MICROEMPRESA (vide fl. 56), o autuado tinha direito a compensação do crédito fiscal na apuração do ICMS-ST exigido na autuação, o que não tinha sido contemplado no demonstrativo original acostado às fls. 05/43. Corrigido os demonstrativos originais pelo autuante, cujas cópias foram acostadas às fls. 936/974, o débito remanescente de R\$18.420,75 consolidado no demonstrativo à fl. 935 corresponde ao mesmo valor que foi reconhecido pelo contribuinte no demonstrativo à fl. 885.

Portanto, não merece qualquer reparo à Decisão proferida pela 3ª JJF, motivo pelo qual, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 232131.0004/11-2, lavrado contra **TERRA VIVA COMÉRCIO DE EMBALAGENS E HORTIFRUTAS LTDA.**, devendo o recorrido ser intimado a efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$18.420,75**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de outubro de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS