

PROCESSO - A. I. N° 152240.0004/16-8
RECORRENTE - CLÁUDIO DA SILVA SANTANA - ME
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF n° 0142-04/16
ORIGEM - INFAS ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 13/12/2017

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0308-11/17

EMENTA: ICMS. PAGAMENTO A MENOS DO IMPOSTO REGULARMENTE ESCRITURADO. CONTRIBUINTE OPTANTE do REGIME ESPECIAL UNIFICADO DE ARRECADAÇÃO DE TRIBUTOS E CONTRIBUIÇÕES DEVIDOS PELAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES NACIONAL. ERRO NA INFORMAÇÃO DA RECEITA. Fato demonstrado nos autos. Infração subsistente. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de diligência fiscal. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra Decisão da 4ª JJF, a qual, através do Acórdão n° 0142-04/16, considerou Procedente a Ação Fiscal, lavrada em 26/01/16, para exigir ICMS no valor total de R\$49.693,82, sob a imputação de efetuar recolhimento a menos do ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, devido a erro na informação da receita e/ou de alíquota aplicada a menor. Valor exigido de R\$49.693,82 e multa de 75%.

O autuado apresentou impugnação tempestiva (fls. 89 a 91) e o autuante prestou a informação fiscal de praxe às fls. 95/97.

No conduto do Acórdão JJF N° 0142-04/16, o Auto de Infração foi julgado Procedente, tendo o voto do Relator se consubstanciado na seguinte literalidade:

“No presente Auto de Infração foi lançado o ICMS decorrente de recolhimento a menos referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, devido a erro na informação da receita e/ou de alíquota aplicada a menor, no exercício de 2015.

Inicialmente, rejeito o pedido de realização de diligência formulado pelo autuado, pois entendo que os elementos constantes dos autos são suficientes à formação do convencimento deste órgão de julgamento administrativo (acorde o artigo 147, inciso I, letra “a”, do RPAF/99). Além disso, se há alguma prova ainda a ser apresentada, certamente é proveniente de documentos que o próprio sujeito passivo possui e, assim sendo, é dele o ônus de trazê-los aos autos, sendo inadequada, para tal finalidade, a diligência solicitada.

Deixo de acolher a alegação de nulidade do autuado, tendo em vista que a infração está devidamente descrita, propiciando-lhe condições para o exercício da ampla defesa.

Ademais, os livros e documentos fiscais do autuado foram arrecadados pelo preposto fiscal e a falta de carimbo nos livros não significa, necessariamente, que não foram examinados pela fiscalização.

No mérito, o contribuinte contestou a autuação, sob o argumento de que não foram incluídas as operações de saídas com o ICMS quitado pelo regime da antecipação tributária por ter havido, de sua parte, erro na indicação do CFOP nas notas fiscais.

O autuante, por sua vez, informou que retificou o CFOP, considerando corretamente as mercadorias enquadradas na substituição tributária, consoante o Demonstrativo 1 A - Substituição Tributária – Saídas acostado às fls. 33 a 59 dos autos, e que a diferença apurada foi decorrente do fato de o sujeito passivo ter

considerado, como enquadradas na substituição tributária, as saídas de peixe corvina inteiro congelado e ensacado, de acordo com as notas fiscais nºs 000.000.034, 000.000.035 e 000.000.036 e o Extrato do Simples Nacional de fl. 68.

Analisando as planilhas apensadas aos autos, verifico que o autuante relacionou todas as notas fiscais de saídas de mercadorias enquadradas na substituição tributária (excluindo as operações de saídas de peixe congelado que não estão sujeitas ao citado regime), chegando à conclusão que o valor total da receita mensal era superior àquele lançado pelo autuado no Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional (PGDAS), em especial, o mês de abril de 2015, em que foi lançado o montante de R\$38.035,47, quando deveria ter sido R\$1.233.659,17.

Dessa forma, entendo correto o procedimento fiscal e, portanto, deve ser mantida a autuação.

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

Inconformado, o sujeito passivo interpôs, em tempo hábil, Recurso, inicialmente descrevendo os fatos, a admissibilidade do recurso e transcrevendo a infração que lhe foi imputada.

Em seguida, suscitou a nulidade do Auto de Infração sob o argumento de que ele “não possui respaldo legal, clareza e objetividade suficientes para a Autuada conhecer o que lhe esta sendo objetivamente atribuído como devido”, impossibilitando-o, assim, de “exercer amplamente o seu direito de defesa consoante ampara o RPAF/99, em seu art. 18”.

Aduziu que o preposto fiscal não analisou seus livros e documentos fiscais, porquanto, se procedesse de tal forma, “deveria por o seu visto nos respectivos livros, conforme determina o Art. 214, do RICMS/2012, em seu Inc. V. O que não ocorreu”.

Meritoriamente, sustentou que “ao arbitrar a Base de cálculo do imposto no pseudo erro na informação da receita e/ou alíquota, [o autuante] não considerou as operações com produtos com o ICMS pago mediante a antecipação tributária, seja por substituição ou pagamento antecipado, que por erro de fato, a informação do CFOP (código fiscal de operação) informado indevidamente”.

Afirmou ser usuário do “aplicativo do MINISTÉRIO DA FAZENDA, o EMISSOR GRATUITO DE NOTAS FISCAIS ELETRÔNICAS, e nas emissões dos documentos fiscais de vendas de mercadorias, já que opera no ramo de vendas por atacado de produtos alimentícios, não destacou devidamente o CFOP dos produtos comercializados”.

E, assim, entendeu que, “para corrigir o erro de fato, basta a leitura dos livros e documentos da autuada, pois já estão pacificado na jurisprudência do CONSEF, que a fiscalização deve excluir da base de cálculo do ICMS as operações com mercadorias ao pagamento antecipado do imposto, e para tanto foi editada a IN 56/2007”.

Aduziu, ainda, que, “para corrigir o lançamento, eivado em erros, este Colegiado [deve] aplicar a “proporcionalidade entre as entradas dos produtos, tributados, isentos e outros, conforme demonstrativos, anexos ao PAF”.

Requereu, na hipótese de não serem suficientes as razões apresentadas, a realização de diligência com revisão por fiscal estranho ao feito, para realização de perícia nos livros e documentos contábil-fiscais da Autuada.

Postulou a análise das razões apresentadas na peça impugnatória, tendo em vista que elas continuam sem solução, porquanto, em seu julgamento, a 4ª JJF não apreciou as alegações da Autuada.

Concluiu, requerendo que a preliminar de nulidade, bem como as razões de mérito, fossem apreciadas e acolhidas, e, face à existência de atos sem a observância de formalidades consideradas essenciais ao lançamento do imposto cobrado, tudo visando que o Colegiado julgue Improcedente o Auto de Infração nº 152240.0004/16-8.

Na assentada de julgamento, esta 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL decidiu, face a análise dos elementos inseridos no processo, converter o PAF em diligência para que a PGE/PROFIS emitisse

parecer sobre os seguintes pontos:

- A) O produto consignado nos DANFES nºs 34, 35 e 36 é PEIXE CORVINA INTEIRO CONGELADO E ENSACADO;
- B) O Art. 265 do RICMS/12 estabelecia que seriam isentas do ICMS:

I - as saídas internas e interestaduais:

Nota: A alínea “e” do inciso II do caput do art. 265 foi revogada pelo Decreto nº 16.738, de 20/05/16, DOE de 21/05/16, com efeitos a partir de 01/06/16. Redação originária, efeitos até 31/05/16:

“e) pescado, exceto crustáceo, molusco e rã, sendo que o benefício previsto nesta alínea não se aplica ao pescado enlatado, cozido, seco ou salgado;”

- C) A LC 123/06 com a alteração promovida pela Lei Complementar 147/14, que vigorou a partir do exercício seguinte (2015), estabeleceu no art. 18, § 4º-A a segregação de receitas e no § 12 que devem ser considerados na apuração os valores que tenham sido contemplados com isenção. Para rememorar, dispõe o texto:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

§ 15. Na hipótese do § 14, para fins de determinação da alíquota de que trata o § 1º do art. 18, da base de cálculo prevista em seu § 3º e das majorações de alíquotas previstas em seus §§ 16, 16-A, 17 e 17-A, serão consideradas separadamente as receitas brutas auferidas no mercado interno e aquelas decorrentes da exportação. (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014) - (Produção de efeito)

Art. 18. O valor devido mensalmente pela microempresa ou empresa de pequeno porte optante pelo Simples Nacional será determinado mediante aplicação das alíquotas efetivas, calculadas a partir das alíquotas nominais constantes das tabelas dos Anexos I a V desta Lei Complementar, sobre base de cálculo de que trata o § 3º deste artigo, observado o disposto no § 15 do art. 3º. (Redação dada pela Lei Complementar nº 155, de 2016) - (Produção de efeito)

§ 4º-A. O contribuinte deverá segregar, também, as receitas: (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

III - sujeitas à tributação em valor fixo ou que tenham sido objeto de isenção ou redução de ISS ou de ICMS na forma prevista nesta Lei Complementar; (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

§ 12. Na apuração do montante devido no mês relativo a cada tributo, para o contribuinte que apure receitas mencionadas nos incisos I a III e V do § 4º-A deste artigo, serão consideradas as reduções relativas aos tributos já recolhidos, ou sobre os quais tenha havido tributação monofásica, isenção, redução ou, no caso do ISS, que o valor tenha sido objeto de retenção ou seja devido diretamente ao Município. (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

§ 20-A. A concessão dos benefícios de que trata o § 20 deste artigo poderá ser realizada:

I - mediante deliberação exclusiva e unilateral do Estado, do Distrito Federal ou do Município concedente;

II - de modo diferenciado para cada ramo de atividade.

§ 20-B. A União, os Estados e o Distrito Federal poderão, em lei específica destinada à ME ou EPP optante pelo Simples Nacional, estabelecer isenção ou redução de COFINS, Contribuição para o PIS/PASEP e ICMS para produtos da cesta básica, discriminando a abrangência da sua concessão. (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

§ 21. O valor a ser recolhido na forma do disposto no § 20 deste artigo, exclusivamente na hipótese de isenção, não integrará o montante a ser partilhado com o respectivo Município, Estado ou Distrito Federal.

A PGE/PROFIS, às folhas 147/161, apresentou a sua manifestação, primeiro pelo Ilustre Procurador Dr. José Augusto Martins Junior, corroborado pelos pareceres da Procuradora Assistente Dra. Rosana Maciel Bittencourt Passos e do Procurador Chefe da PROFIS, Dr. Nilton Almeida Filho, no sentido de que a legislação tributária estadual só contempla, até então, uma única hipótese de isenção em favor de contribuintes do Simples Nacional, qual seja, o disposto no art. 277, do RICMS/2012, que torna isentas do imposto “as microempresas optantes pelo Simples Nacional

cuja receita bruta acumulada nos doze meses anteriores ao do período de apuração não ultrapasse R\$180.000,00 (cento e oitenta mil reais).

Concluiu a Procuradoria no sentido de que as receitas relativas às operações com peixe corvina inteiro e ensacado não estão sujeitas à segregação de que trata o art. 18, § 4º-A, inc. III, da LC nº 123/2006, portanto, devendo integrar a base imponível do Simples Nacional, inclusive para efeito de incidência da parcela da alíquota relativa ao ICMS.

VOTO

Consoante detalhadamente relatado, versa o Recurso Voluntário acerca do inconformismo do autuado com a decisão de primeira instância, onde foi imputado ao contribuinte a exigência do ICMS decorrente de recolhimento a menos referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devido pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, em razão de erro na informação da receita e/ou de alíquota aplicada a menor, no exercício de 2015.

Sucede que as razões recursais se apresentam repetitivas daquelas consignadas na impugnação, inclusive reiterando a solicitação de realização de revisão e diligência fiscal, por terceira pessoa, estranha ao feito, objetivando uma fiscalização com desempenho mais justo.

De plano, lastreado no art. 147, I, “a”, do RPAF, não pode prosperar a diligência postulada, porquanto os elementos residentes na procedimentalidade são suficientes para a formação do convencimento do Órgão Julgador, frisado o aspecto de que as Notas Fiscais e documentos que compõem a imputação se encontrarem em poder do próprio autuado, a quem caberia a produção da prova pretendida.

Também não merecem chancela as preliminares de nulidade suscitadas, porque inexistentes vícios formais capazes de comprometer a legalidade da ação fiscal, encontrando-se cumpridas, no PAF, todas as formalidades legais, na medida em que determinados o sujeito passivo, o montante do débito tributário apurado e a natureza da infração imputada.

Adentrando ao mérito das razões recursais, constata-se não ter o recorrente trazido ao feito qualquer fundamento novo e/ou documento hábil capaz(es) de modificar a decisão hostilizada ou afastar a imputação imposta.

Na espécie concreta versada verifica-se que a petição do recurso é a transcrição literal da impugnação apresentada na primeira instância, a qual foi devidamente enfrentada na decisão farpeada, tendo a JJF procedido a análise de todos os argumentos contrapostos à infração constante do Auto e julgado, acertadamente, pela total procedência da imputação.

Vale destacar que o sujeito passivo reiterou o posicionamento de que a ação fiscal deveria aplicar a proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/2007 e a correção nos CFOPs, os quais foram informados errados na apuração do ICMS.

Consultando os autos, verifica-se, tanto na informação fiscal de fls. 95/97, como nos documentos que instruíram o Auto de Infração (fls. 10 a 59), que o recorrente se equivoca em relação aos fatos narrados, pois o autuante, no desempenho de suas funções, detectou e retificou o equívoco na indicação do CFOP das notas fiscais constantes nas planilhas que elaborou (Demonstrativo 1 A - Substituição Tributária - Saídas), porquanto, do contrário, estaria tributando todas as receitas das vendas de mercadorias, o que, segundo ele, não ocorreu na presente autuação.

Esclareceu, ainda, o autuante que, ao efetuar a correção no CFOP, aplicou a proporcionalidade devida (Instrução Normativa nº 56/2007), consoante demonstrativos acostados aos autos.

Objetivando um julgamento com suporte jurídico, a 1ª CJF encaminhou o processo para a PGE/PROFIS, a qual se manifestou pela total procedência da autuação, já que o produto autuado, peixe corvina inteiro, congelado e ensacado, não se encontra sujeito à segregação de que trata o

art. 18, § 4º-A, inc. III, da LC nº 123/2006, devendo, portanto, integrar a base imponível do Simples Nacional, para efeito de incidência do ICMS.

Em suma, evitando delongas desnecessárias, por entender se tratar o Recurso de peça procrastinatória, eis que todos os argumentos já foram devidamente analisados e de forma correta apreciados na oportunidade do julgamento de 1ª Instância, cuja decisão se afigura incensurável, posto que proferida em consonância com os ditames legais, resta, efetivamente, comprovada a infração.

Destarte, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo a decisão de primeiro grau, no sentido da Procedência do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 152240.0004/16-8, lavrado contra CLAÚDIO DA SILVA SANTANA - ME, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$49.693,82, acrescido da multa de 75%, prevista no artigo 35 da Lei Complementar nº 123/06 e no artigo 44, inciso I, da Lei Federal nº 9.430/96, com a redação dada pela Lei nº 11.488/07, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de outubro de 2017.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE - RELATOR

ANA CAROLINA ISABELA MOREIRA - REPR. DA PGE/PROFIS