

PROCESSO - A. I. Nº 152240.0004/16-8
RECORRENTE - CLÁUDIO DA SILVA SANTANA - ME
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JF nº 0142-04/16
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 13/12/2017

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0308-11/17

EMENTA: ICMS. PAGAMENTO A MENOS DO IMPOSTO REGULARMENTE ESCRITURADO. CONTRIBUINTE OPTANTE do REGIME ESPECIAL UNIFICADO DE ARRECAÇÃO 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 JF, a qual, através do Acórdão nº 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 JF Nº 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 n°s 000.000.034, 000.000.035 e 000.000.036 e o Extrato do Simples Nacional de fl. 68.

Analizando 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 calculo 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 tributaria, 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 ELETRONICAS, 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 calculo 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*”.

Requeru, 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.

Sucedem 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 encontram 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 impositiva 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