

PROCESSO - A. I. Nº 232368.0003/15-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - SM CUNHA & CIA. LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5ª JJF nº 0229-05/16
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 05/03/2018

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.JF Nº 0028-12/18

EMENTA: ICMS. 1. SIMPLES NACIONAL. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS EM OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO. a) ANTECIPAÇÃO PARCIAL. a.1) FALTA DE RECOLHIMENTO. O autuante acatou parcialmente as alegações do contribuinte em relação à devolução das mercadorias constantes de diversas notas fiscais. Assim, de fato, não houve efetiva comprovação de parte das alegações do impugnante e acato o demonstrativo elaborado na informação fiscal reduzindo esta infração. Infração 3 procedente em parte. **a.2) RECOLHIMENTO A MENOS.** O autuante efetuou um desenquadramento informal da empresa, do regime do SIMPLES NACIONAL, para o regime NORMAL, para efeitos de cobrança da antecipação parcial sem os benefícios inerentes à condição do regime simplificado, e tal medida só pode ser feita mediante processo próprio. Afronta ao princípio da estrita legalidade tributária. Falta de cumprimento do devido processo legal. Infração 4 improcedente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Temos em análise o Recurso de Ofício contra a Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou PARCIALMENTE PROCEDENTE o Auto de Infração, lavrado em 30/06/2015 para cobrar ICMS no valor histórico de R\$235,563,74, em decorrência das seguintes infrações:

3 - Deixou de recolher o ICMS por antecipação parcial na condição de empresa optante do SIMPLES NACIONAL, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, sendo lançado o valor de R\$13.358,68, acrescido de multa de 60%.

4 - Recolheu a menos o ICMS por antecipação parcial na condição de empresa optante do SIMPLES NACIONAL, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, sendo lançado o valor de R\$207.445,96, acrescido de multa de 60%.

A 5ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia de 16/12/2016 (fls. 1510 a 1526) e decidiu pela Procedência Parcial da exigência, em decisão unânime. O Acórdão foi fundamentado nos termos a seguir reproduzidos.

VOTO

Inicialmente devo ressaltar que a infração 2 foi inteiramente reconhecida e não faz parte desta lide. Já quanto às infrações 1 e 3, houve reconhecimento parcial e a infração 4 foi inteiramente refutada. Passamos assim, ao julgamento das infrações 1, 3 e 4.

Nas infrações 1 e 3, o contribuinte teve contra si, a imputação de que deixou de pagar o ICMS decorrente das aquisições interestaduais de mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária e da antecipação parcial. O impugnante reconheceu parte do lançamento, porém refutou parte do lançamento em virtude do não reconhecimento de algumas notas fiscais de aquisições, assim como alegou que houve devoluções das mercadorias referentes a algumas notas fiscais.

Quanto à primeira infração o impugnante reconhece parte do lançamento e aduz que as demais notas fiscais são desconhecidas. Tratando-se de notas fiscais eletrônicas, que desde a sua emissão encontram-se disponíveis no ambiente da nota fiscal eletrônica, estas podem ser rejeitadas pelo contribuinte se não as reconhece; no entanto, após o lançamento de ofício, a simples negativa do recebimento de notas fiscais eletrônicas, sem efetiva comprovação, é insuficiente para elidir a infração. Infração 1 procedente.

Já na terceira infração, o autuante acatou as alegações do contribuinte em relação à devolução das mercadorias constantes de diversas notas fiscais mas, deixou de acatar as alegações quanto às notas fiscais números 1.738 e 320, pois não foi comprovada a efetiva devolução das mercadorias. Também não acatou as alegações quanto às notas fiscais números: 2.431 - 103.529 – 434 e 16.601 que o contribuinte alega ter sido pago à época, sem contudo juntar comprovante de pagamento em que se encontrem vinculados os números das referidas notas fiscais.

O autuante elaborou o Demonstrativo 3-A, onde reduziu o valor da Infração 3, alterado de R\$13.358,68 (treze mil, trezentos e cinquenta e oito reais, sessenta e oito centavos) para o valor de R\$4.984,08 (quatro mil, novecentos e oitenta e quatro reais, oito centavos) e quanto às notas fiscais n. 1.738 e 320, foram juntados os e-mails das empresas emissoras, que confirmam que tais notas foram emitidas equivocadamente, mas não foram apresentadas notas fiscais de devolução e entrada no fornecedor, sendo o email prova insuficiente, pois neste caso, o impugnante poderia solicitar a nota cancelada ou mesmo a nota fiscal de entrada da venda cancelada. Assim, de fato não houve efetiva comprovação de parte das alegações do impugnante e acato o demonstrativo 3-A elaborado na informação fiscal reduzindo esta infração para R\$4.984,08. Infração 3 procedente em parte.

Com relação à infração 4, o autuante efetuou um desenquadramento informal da empresa, do regime do SIMPLES NACIONAL, para o regime normal, para efeito de cobrança da antecipação parcial sem os benefícios inerentes à condição do regime simplificado, e tal medida só pode ser feita mediante processo próprio, e no caso em tela, o autuante afirma que detectou irregularidades (suprimento de caixa sem comprovação de origem), e em vez de efetuar o lançamento por presunção de omissões de receita, optou por desenquadrá-lo informalmente. O Direito Tributário é regido pelo princípio da legalidade estrita, e tal atitude não encontra qualquer amparo legal.

Assim, não é possível avaliar as acusações do fisco e a defesa do impugnante neste processo, visto que ainda que sejam comprovadas as acusações das irregularidades, este não pode ser desenquadrado do SIMPLES, no âmbito de uma fiscalização, sem o cumprimento do devido processo legal, além do fato de que toda a discussão gira em torno, não da falta de pagamento do imposto nos termos da situação do contribuinte como integrante do SIMPLES, mas por conta de fatos que não tem relação direta com a infração imputada.

O autuante no relatório de diligência afirma que “caso os conselheiros sejam de opinião que a forma utilizada pelo contribuinte para pagamento da antecipação parcial está de acordo com as normas preconizadas nos § 6º do Art. 352-A, do RICMS/97 e no Art. 275 do RICMS/2012 que limita o pagamento do imposto a 4% das receitas mais as transferências ou 4% do valor das entradas internas e interestaduais, de mercadorias destinadas à comercialização, inclusive as transferências, o que for maior – tal opção encontra-se contemplada no referido demonstrativo, no título cálculo do limite para pagamento da Antecipação Parcial, onde a infração seria, assim, julgada improcedente, pois os valores pagos seriam iguais ou superiores ao limite calculado mensalmente”, demonstrando que em se considerando as notas vigentes à época, o contribuinte recolheu valores iguais ou superiores ao limite calculado mensalmente, e conclui que neste caso, a infração deve ser julgada improcedente.

Não pode o agente fiscal deliberar pela exclusão de empresa do SIMPLES NACIONAL e ainda aplicar efeitos retroativos sem expressa autorização mediante TERMO DE EXCLUSÃO da Administração Fazendária. Vejamos que diz o RICMS/2012:

Art. 326. A exclusão do Simples Nacional será feita de ofício ou mediante comunicação da microempresa ou da empresa de pequeno porte, na forma determinada em resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional.

Art. 327. Na hipótese de exclusão de ofício, será expedido termo de exclusão e o contribuinte será comunicado da exclusão nos termos do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09 de julho de 1999.

Art. 328. O contribuinte poderá impugnar a exclusão na repartição fazendária do seu domicílio fiscal, até 30 (trinta) dias após a publicação da comunicação, que será apreciada pelo inspetor fazendário.

Parágrafo único. No âmbito da DAT Metro, o titular da Coordenação de Processos apreciará a impugnação à exclusão do contribuinte.

Art. 329. Mantida a decisão de exclusão do contribuinte, o termo de exclusão será registrado no Portal do Simples Nacional na Internet para que possa produzir seus efeitos.

Assim, face ao descumprimento do devido processo legal, julgo NULA a infração 4, devendo ser renovada a ação fiscal para se apurar os fatos descritos nesta infração.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do lançamento.

Como a redução do crédito tributário atualizado foi superior a R\$100.000,00 (cem mil reais), a 5ª JJF interpôs Recurso de Ofício com supedâneo no art. 169, I, do RPAF/99.

Conselheiro José Raimundo Conceição declarou impedimento dos autos na sessão de julgamento.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício em relação à Decisão proferida pela 5ª JJF que julgou, por unanimidade, Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/06/2015, sendo objeto deste recurso parte da infração 3, e toda a infração 4.

Quanto à infração 3, a Recorrente foi acusada de deixar de pagar o ICMS decorrente das aquisições interestaduais de mercadorias submetidas ao regime da antecipação parcial.

Compulsando os autos, pude constatar que a recorrente reconheceu parte do lançamento, porém refutou a outra parte do lançamento em virtude do não reconhecimento de algumas notas fiscais de aquisições, assim como alegou que houve devoluções das mercadorias referentes a algumas notas fiscais.

Verifico que o autuante elaborou novo Demonstrativo 3-A, (fls. 1486/1487), onde reduziu o valor da Infração 3, alterando de R\$13.358,68 para o valor de R\$4.984,08 acatando parte das alegações da Recorrente, não acatando as Notas Fiscais nºs 1.738 e 320. Foram juntados os e-mails das empresas emissoras, que para a Recorrente, confirmariam que tais notas foram emitidas equivocadamente. Ao compulsar o presente PAF verifico que a Recorrente não anexou notas fiscais de devolução, que comprovem sua tese recursal.

Assim, entendo que não houve efetiva comprovação de parte das alegações da Recorrente e acato a decisão de piso, que com base no demonstrativo 3-A elaborado na informação fiscal, reduziu esta infração para R\$4.984,08. Julgo a Infração 3 procedente em parte.

Quanto à infração 4, a decisão a quo, afirma que: *o autuante efetuou um desenquadramento informal da empresa, do regime do SIMPLES NACIONAL, para o regime normal, para efeito de cobrança da antecipação parcial sem os benefícios inerentes à condição do regime simplificado, e tal medida só pode ser feita mediante processo próprio, e no caso em tela, o autuante afirma que detectou irregularidades (suprimento de caixa sem comprovação de origem), e em vez de efetuar o lançamento por presunção de omissões de receita, optou por desenquadrá-lo informalmente. O Direito Tributário é regido pelo princípio da legalidade estrita, e tal atitude não encontra qualquer amparo legal.*

Ao compulsar os fólios processuais verifico que o autuante desconsiderou nos seus cálculos os valores referentes ao desconto de 4% das receitas mais as transferências ou 4% do valor das entradas internas e interestaduais, de mercadorias destinadas à comercialização, inclusive as transferências, o que for maior, conforme § 6º do Art. 352-A, do RICMS/97 e no Art. 275 do RICMS/2012.

Em consulta ao site da Receita Federal, consta que a Recorrente estava enquadrada no Simples Nacional no período de 01/07/2007 a 31/12/2013, portanto estava enquadrada no benefício retro mencionado.

O autuante no relatório de diligência (fl.1504) afirma que *“caso os conselheiros sejam de opinião que a forma utilizada pelo contribuinte para pagamento da antecipação parcial está de acordo com as normas preconizadas nos § 6º do Art. 352-A, do RICMS/97 e no Art. 275 do RICMS/2012 que*

limita o pagamento do imposto a 4% das receitas mais as transferências ou 4% do valor das entradas internas e interestaduais, de mercadorias destinadas à comercialização, inclusive as transferências, o que for maior – tal opção encontra-se contemplada no referido demonstrativo, no título cálculo do limite para pagamento da Antecipação Parcial, onde a infração seria, assim, julgada improcedente, pois os valores pagos seriam iguais ou superiores ao limite calculado mensalmente”, demonstrando que em se considerando as notas vigentes à época, o contribuinte recolheu valores iguais ou superiores ao limite calculado mensalmente, e conclui que neste caso, a infração deve ser julgada improcedente.

Assim restou comprovado que no período objeto da autuação a Recorrente cumpriu os requisitos legais previstos nos § 6º do Art. 352-A, do RICMS/97 e no Art. 275 do RICMS/2012, e conforme informação do fiscal autuante realizou os pagamentos com base na legislação vigente à época dos fatos geradores da exigência fiscal.

Diante do exposto, aplico o disposto no art. 155 do RPAF, e de ofício, modifico a decisão de piso para julgar IMPROCEDENTE a infração 4.

Do exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso de Ofício interposto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 **232368.0003/15-0** lavrado contra **SM CUNHA & CIA. LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$19.743,18**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor recolhido.

Sala das Sessões CONSEF, 15 de fevereiro de 2018.

MAURICIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

PAULO SÉRGIO SENA DANTAS – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS