

PROCESSO	- A. I. N° 210550.0017/18-0
RECORRENTE	- AGROWAL COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0103-02/19
ORIGEM	- DAT/METRO INFRAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 17/03/2022

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0027-11/22-VD

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. BASE DE CÁLCULO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Recurso Voluntário que repete literalmente a impugnação não atende ao art. 169, I, “b” do RPAF/BA e não merece acolhimento. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face do Acórdão nº 0103-02/19 proferido pela 2ª JJF deste CONSEF, julgando Procedente o Auto de Infração lavrado em 21/09/2018 no valor histórico de R\$91.683,96, em razão da seguinte infração:

Infração 01 – 17.04.01 – Deixou de recolher o ICMS em razão de considerar receitas de vendas de mercadorias não sujeitas à substituição tributária por antecipação, como se o ICMS já tivesse substituído ou antecipado, nos meses de janeiro a dezembro de 2014, fevereiro a dezembro de 2015 e fevereiro a dezembro de 2016.

Após a conclusão da instrução processual, a 2ª Junta de Julgamento Fiscal assim decidiu:

VOTO

O lançamento constitui-se em uma única infração arrolada pela fiscalização, objeto de impugnação por parte da empresa autuada.

O Auto de Infração atende aos requisitos legais, estando presentes todos os pressupostos exigidos na norma para a sua validade, especialmente os artigos 142 do CTN e 39 do RPAF/99.

Observo que a empresa autuada tomou conhecimento do mesmo, e pode exercer de forma plena o seu direito de defesa, diante do fato de que lhes foram entregues os documentos e elementos que possibilitassem a instalação do contencioso.

Ainda assim, invoca a existência de nulidades que contaminariam o lançamento, como a insegurança na determinação da infração e cerceamento de seu direito de defesa. Quanto ao primeiro aspecto, observo que a infração foi corretamente descrita, sendo apontado o enquadramento legal e o dispositivo que respalda a multa aplicada na própria peça exordial do lançamento.

Da leitura do mesmo, se depreende que, contrariamente ao afirmado pela autuada, os fatos foram claramente descritos, bem como a sua base normativa, não se podendo falar em insegurança na acusação, como aventado.

Igualmente, a infração se encontra embasada na documentação do contribuinte, bem como em outros elementos tais como DASN lembrando que os mesmos foram elaborados pela própria empresa, sendo de sua responsabilidade, e se encontram em seu poder, daí se questionar onde estaria o cerceamento do exercício do direito de defesa, uma vez que tais lançamentos objeto do Auto de Infração se encontram nos referidos documentos.

Isso pelo fato de, sendo o sujeito passivo optante pelo regime de apuração do Simples Nacional, tem um modo particular e peculiar de apuração do imposto mensal.

Descabe a alegação defensiva de não ter a autuante observado o teor do artigo 272, inciso I, alínea “b”, 2 do RICMS/12, durante os exercícios de 2014 e 2016, uma vez que tal dispositivo não guarda qualquer relação com a acusação em análise, nem possui qualquer relevância para o deslinde da questão, por se tratar tal diploma regulamentar em “dispensa do lançamento e o pagamento relativo a diferença de alíquotas de material de uso e consumo destinada a empresa concessionária pública com atividade de captação, tratamento, distribuição de água canalizada e saneamento básico”, sequer existindo item 02 na mencionada alínea, acreditando se tratar de erro na indicação da defesa.

Ainda que a norma invocada fosse a da alínea “a” do mesmo artigo, item 02, ou seja, dispensa do lançamento e

pagamento relativo a diferença de alíquotas nas aquisições de bens do ativo permanente destinada a microempresas e empresas de pequeno porte, da mesma forma, não se relaciona com o objeto da acusação fiscal, não podendo, pois, ser considerada.

Quanto ao argumento de terem sido incluídas no levantamento de forma indevida operações não sujeitas à substituição tributária e incluídas, também indevidamente operações com redução de base de cálculo, sem considerar a referida redução, além de outras situações em que ocorre isenção e suspensão do ICMS, não conseguiu apontar a defesa um caso sequer em relação a tal fato, o que prejudica a sua análise, diante de não ter verificado o mesmo.

Em relação a tese de que “parte dos produtos apontados pela suposta falta de recolhimento do ICMS operação própria possui a saída interna, alcançada pela isenção, por isso não tiveram o imposto recolhido”, lembro que estamos tratando de apuração pelo regime do Simples Nacional, que tem forma diversa daquela efetuada pelas empresas não optantes de tal sistemática, e submetidas ao mecanismo de débito e crédito, diferente desta, portanto, na sistemática do contribuinte, importa a receita bruta acumulada, aí englobando não somente aquelas de produtos tributados, como produtos isentos, apenas se segregando as operações nas quais houve incidência da substituição tributária, na forma prevista no manual do PGDAS-D e DEFIS, cuja consulta é pública e aberta, e se encontra disponível no endereço eletrônico http://www8.receita.fazenda.gov.br/SimplesNacional/Arquivos/manual/MANUAL_PGDAS-D_2018_V4.pdf.

Deste modo, o fato de comercializar produtos agropecuários ou sujeitos à isenção do ICMS em nada lhe beneficia na sistemática de apuração do Simples Nacional, da mesma maneira da apuração caso tivesse optado pela conta corrente fiscal. Entretanto, a opção é do contribuinte, lembrando que a forma de apuração do imposto encontra previsão do artigo 18 da Lei Complementar 126/2006, como aliás, menciona a defesa na impugnação apresentada.

Daí por que não se sustenta o argumento de que o imposto não foi pago em razão da isenção dos produtos, o que não pode se aceitar na sistemática do Simples Nacional.

Igualmente não guarda qualquer pertinência com a matéria objeto da autuação o Convênio ICMS 126, de 24 de setembro de 2010, o qual concede isenção do ICMS às operações com artigos e aparelhos ortopédicos e para fraturas e outros que específica, matéria igualmente alheia à autuação, que sequer foi mencionada em qualquer momento da acusação fiscal, razão pela qual deixo de tecer qualquer consideração a respeito.

Em relação a alegada auditoria de caixa realizada, segundo a defesa, esclareço que esta não fez parte do lançamento, diante, não somente dos documentos, demonstrativos e demais elementos trazidos nos autos, como, de igual forma, pelas informações trazidas pela autuante em sede de informação fiscal, o que me leva a não as considerar pertinentes para o deslinde da matéria em discussão.

Ademais, independente da opção realizada pelo contribuinte, se pelo Simples Nacional ou pelo regime de apuração normal, o roteiro aplicado para tal auditoria é o mesmo.

Da mesma maneira, em momento algum se cogitou abordar vendas realizadas na modalidade cartão de débito/ crédito, como reclama a defesa, diante de seu entendimento de que as mesmas foram desconsideradas pela autuante, o que não corresponde ao roteiro de auditoria executado, o qual, apenas e tão somente considerou os dados correspondentes a receitas do contribuinte, aí pouco importando se as mesmas foram recebidas em dinheiro, cheque, cartões ou qualquer outra modalidade, irrelevante para a apuração do imposto realizada, motivo pelo qual não posso acolher o mesmo.

Frente ao fato de o contribuinte ter invocado a seu favor o artigo 112 do CTN, informo que o mesmo não se aplica ao presente caso, diante de não restar qualquer dúvida acerca da conduta praticada pelo mesmo, que possa levar a se valer de tal previsão legal.

A exemplo de diversas considerações já expressamente citadas, também o argumento de que não foi intimado a esclarecer falta de registro das notas fiscais, sequer para correção de inconsistências não pode ser levado em conta, diante da impertinência com o objeto da lavratura do Auto de Infração.

Quanto às menções ao RICMS/97, não podem ser consideradas, pelo fato do mesmo ter tido vigência até 31/03/2012, quando deixou de produzir quaisquer efeitos, ao passo que os fatos geradores do lançamento ocorreram em 2014, 2015 e 2016, já na aplicação plena do RICMS/12.

Não possui qualquer pertinência a alegação de não ter a autuante apresentado as notas fiscais que relaciona no Demonstrativo das Aquisições de Mercadorias, o que teria impedido a autuada de demonstrar que muitas notas fiscais ali relacionadas se referem a mercadorias que já sofreram retenção na fonte, em razão da existência do Convênio 14/06 e do Protocolo 11/91, pelo simples fato de que as notas fiscais se encontram em poder do próprio autuado, o que em nada lhe prejudica, muito menos lhe cerceia qualquer direito de defesa.

Em relação a sustentação de ilegitimidade passiva, pelo fato de não ser o responsável tributário pelo recolhimento do imposto a título de substituição tributária, não posso dar guarida, uma vez não ser este o objeto do lançamento, e sim, como descrito na peça exordial “falta de recolhimento do ICMS em razão de considerar

receitas de vendas de mercadorias não sujeitas à substituição tributária por antecipação, como se o ICMS já tivesse substituído ou antecipado”, ou seja, imputação diversa daquela considerada pela defesa.

Esclareço que a prática adotada pelo sujeito passivo foi a de incluir no cálculo do imposto devido, como redutor, mercadorias com tributação normal, como se tivessem sido submetidas à substituição tributária, figura totalmente diversa, como facilmente perceptível.

Quanto a menção ao Decreto 7.799/2000, citado na impugnação, a exemplo de outros dispositivos legais inseridos na peça defensiva, não guardam qualquer pertinência com o escopo da autuação, pois se dirige basicamente a comerciantes atacadistas, o que não se coaduna com a atividade da empresa autuada, logo, não aplicável ao caso em tela.

Igualmente, não há de se falar em redução de base de cálculo de operações, sequer de equivalência de base de cálculo, pelo simples e singelo fato da empresa autuada ser contribuinte optante do regime de apuração do Simples Nacional, e, consequentemente, sujeita as suas regras e determinações, emanadas, não somente da Lei Complementar 123/06, como de igual forma, pelas Resoluções do Comitê Gestor do Simples Nacional, não se tendo que falar em alíquota de imposto nas saídas de mercadorias, uma vez que nos documentos fiscais não se destaca nem calcula o ICMS, sendo as alíquotas aplicadas para a apuração do imposto para aqueles que, como a autuada, optaram pelo Simples Nacional, variáveis inclusive em função da sua receita bruta, e de acordo com tabela anexa à mencionada Lei Complementar.

Para a alegação de não subsistir a exigência do pagamento de ICMS por antecipação total/parcial, sobre mercadorias que tiveram redução de base de cálculo, sofreram substituição tributária, mercadorias da cesta básica, isentas, para uso/consumo, etc., porque não contraria a legislação que rege a matéria, esclareço mais uma vez, que a acusação fiscal não se reporta a antecipação tributária, quer total (com encerramento de tributação), quer parcial (sem encerramento da tributação), e sim, ao fato de quando da segregação das operações sujeitas a substituição tributária, ter o contribuinte inserido operações nas quais a tributação é normal, o que implica em recolhimento a menor do ICMS.

Da mesma forma, não se aventou em momento algum da autuação questionamento acerca de falta de comprovação das entradas das mercadorias no estabelecimento autuado, o que também contribui para seu não acolhimento, nem também se aventou a exigência da diferença de alíquotas, por aquisições interestaduais, tal como alega a defesa.

Por estes motivos, não acolho as preliminares e prejudiciais suscitadas, observando, ainda, que as decisões trazidas no bojo da defesa, não se prestam a amparar seu pleito, em primeiro lugar pelo fato de que não vinculam o julgador, adstrito ao princípio de seu livre convencimento motivado. Em segundo lugar, diante do fato de não se adequarem ao presente caso.

Quanto ao mérito, conforme esclarecido pela autuante em sede de informação fiscal, bem como da análise dos elementos contido nos autos, constato que o trabalho fiscal nada mais foi o de recalcular os valores de imposto devido no período, de forma correta, ou seja, considerando todas as operações tributadas e segregando daquelas não tributadas, seguindo o comando legal.

O lançamento considerou os recolhimentos já efetivados pelo contribuinte, constando no Auto de Infração apenas e tão somente os valores não oferecidos corretamente à tributação, vez que em caso contrário, se caracteriza a dupla tributação, o que não se verifica, sendo aplicados roteiros fiscais adequados e pertinentes.

De forma objetiva, a defesa não conseguiu carrear aos autos, qualquer elemento, documento ou argumento que se opusesse de forma eficaz contra o lançamento, e diante de tais razões, julgo o Auto de Infração procedente.

O contribuinte, por sua vez, interpôs Recurso Voluntário reproduzindo literalmente as mesmas razões da impugnação, inclusive no que se refere às alegações que não condizem com a autuação lavrada ou o roteiro de auditoria utilizado, bem como os dispositivos contidos no RICMS revogado antes dos fatos geradores da autuação.

Recebidos os autos, foram distribuídos a este relator para apreciação.

VOTO

Conforme relatado, o Recurso Voluntário interposto representa a mera reprodução dos mesmos argumentos contidos na impugnação existente nos autos, o que, a meu ver, não atende ao que prevê o RPAF, conforme dispositivo abaixo transcreto:

Art. 169. Caberão os seguintes recursos, com efeito suspensivo, das decisões em processo administrativo fiscal:

I - para as Câmaras de Julgamento do CONSEF:

...
*b) recurso voluntário do sujeito passivo **contra a decisão da primeira instância** em processo administrativo fiscal relativo a auto de infração;* (grifamos)

Como fica claro, trata-se de medida que tem um pressuposto mínimo procedural que diz respeito ao confronto da Decisão recorrida, uma vez que, ainda que se considere que ocorre a ampla devolutividade da matéria discutida nos autos, esta ocorre como decorrência do exame das razões de decidir da instância *a quo* e não de sua substituição, ou seja, o órgão *ad quem* pode até promover o amplo exame das matérias que foram objeto de impugnação nos autos quando disso depender a análise do acerto ou desacerto da Junta de Julgamento Fiscal.

Porém, para que isso ocorra, é preciso que o recorrente desempenhe o seu papel de apresentar as razões que possui **contra a Decisão recorrida**, o que não significa a repetição literal dos argumentos defensivos, ainda quando o Auto de Infração é mantido integralmente, porque mesmo nesses casos, há um ônus argumentativo na Decisão recorrida que precisa ser enfrentado haja vista que mesmo na hipótese de uma decisão desprovida de fundamentação, eventual recurso apontará este fato como fundamento contra o qual se insurge, assim atendendo a norma acima transcrita.

Ora, de acordo com o princípio da dialeticidade, cabe ao recorrente impugnar as razões lançadas na decisão atacada, buscando demonstrar a existência de erro *in procedendo* ou *in judicando*, que justifique a declaração de nulidade da decisão ou novo julgamento da causa, conforme inteligência dos arts. 932, III, 1010, III e 1021, § 1º do CPC. Salvo contrário, não se trataria de recurso, mas de reexame necessário, situação específica que o RPAF prevê apenas para decisões contrárias ao Estado que importem em desoneração superior a R\$200.000,00 (art. 169, I, “a”).

Assim, ao optar por repetir os termos da impugnação, sem apontar os motivos de fato e de direito pelos quais entende que a decisão deveria ser reformada, ou seja, sem apontar as razões do suposto desacerto da Decisão recorrida, a recorrente acaba por violar a dialética processual, carecendo seu recurso de adequação ou mesmo de regularidade formal.

Entretanto, mesmo se superada esta irregularidade, sua pretensão não merece prosperar, pois, a meu ver, não foi demonstrado qualquer ponto que necessite de reparos na decisão proferida pela 1ª Instância, motivo pelo qual deve prevalecer pelos seus próprios fundamentos.

Desta forma, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210550.0017/18-0** lavrado contra **AGROWAL COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$91.683,96**, acrescido da multa de 75%, prevista no art. 44, I da Lei nº 9.430/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual de Sessões do CONSEF, 04 de fevereiro de 2022.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ANDERSON ÍTALO PEREIRA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNOR – REPR. DA PGE/PROFIS