



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS
3ª CÂMARA DE JULGAMENTO

RESOLUÇÃO Nº: 018/2016
04ª SESSÃO ORDINÁRIA DE 08.07.2016
PROCESSO DE RECURSO Nº 1/1953/2012
AUTO DE INFRAÇÃO: 1/201203644
RECORRENTE : LAVINA G. RIOS OLIVEIRA ME
RECORRIDO : CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA
RELATOR: CONS. MICHEL ANDRÉ BEZERRA LIMA GRADVOHL

EMENTA: ICMS - EMPRESA DO SIMPLES NACIONAL. FALTA DE RECOLHIMENTO POR DIVERGÊNCIA NA BASE DE CÁLCULO. A empresa, em virtude de ter apurado equivocadamente a base de cálculo do tributo, deixou de recolher ICMS do Simples Nacional durante o ano de 2008. Penalidade majorada em razão da falta de entrega do arquivo DIEF quando exigido durante a ação fiscal. **Arts. Infringidos:** 13, VII e 18 da Lei complementar nº 123/2006, 4º da Instrução Normativa nº 14/2005 e 308 e 815, I, do Decreto nº 24.569/97. **Penalidade:** Art. 44, I e §2º, II, da Lei nº 9.430/96 com a redação dada pela Lei nº 11.448/2007. Reexame Necessário Conhecido e Provido para modificar a decisão parcialmente condenatória exarada em primeira Instância e julgar PROCEDENTE a acusação fiscal. Decisão unânime e em consonância com manifestação oral do representante da Procuradoria Geral do Estado.

RELATÓRIO

Versa o presente Auto de Infração sobre falta de recolhimento de ICMS sob o Simples Nacional em razão de diferença na base de cálculo apurada ao confrontar levantamento financeiro/fiscal/contábil com os extratos do Simples Nacional e respectivos Documentos de Arrecadação do Simples Nacional - DAS, referentes ao período de janeiro de 2008 a dezembro de 2008.

A autoridade fiscal autuante aponta como infringidos os arts. 13, VII, 18 e 25 da Lei Complementar nº 123/2006 e consta no auto de infração, no campo, "penalidade" a prevista no art. 44, I, e §1º, da Lei nº 9.430/96, na redação dada pela Lei nº 11.488/2007: 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata, duplicada nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº

Página 1 de 7

4.502/64. O que resultaria na multa de 150% (cento e cinquenta por cento) do valor do imposto.

Contudo, se observa que no campo "multa" do auto de infração o valor dessa é de 112,5% (cento e doze e cinco décimos por cento) do valor do campo "imposto".

Nas informações complementares (fls. 03 a 05) a autoridade fiscal expõe que a diferença na base de cálculo no período de 2008 resultou em diferença no recolhimento do ICMS sob o simples Nacional no valor de R\$13.039,38 e em multa de R\$14.669,25 pela aplicação de 112,5% sobre o valor do ICMS, tendo que o percentual inicial da multa, que era de 75%, foi agravado em razão da não entrega de arquivos magnéticos solicitados.

Ademais, explica como a diferença de ICMS foi levantada utilizando a Planilha de Fiscalização do Simples Nacional onde foram aplicados os valores das compras e das vendas do estabelecimento que resultaram no valor do ICMS a ser recolhido, o qual foi comparado com o valor de ICMS efetivamente recolhido.

Instrui o presente processo, dentre outros documentos, com o Termo de Início de Fiscalização nº 2012.04832 (fls. 07), planilha de fiscalização do Simples Nacional (fls. 10 a 27), extratos do autuado no Simples Nacional referentes a 2007 e 2008 (fls. 28 a 64), consultas aos dados do autuado no sistema DIEF da SEFAZ/CE referentes a 2007 e 2008 (fls. 67 a 88) e recibo de devolução de documentos fiscais ao autuado (fls. 93).

Demonstrativo do Crédito Tributário:

ICMS	R\$ 13.039,38
Multa (112,5%)	R\$ 14.669,25
Total	R\$ 27.708,63

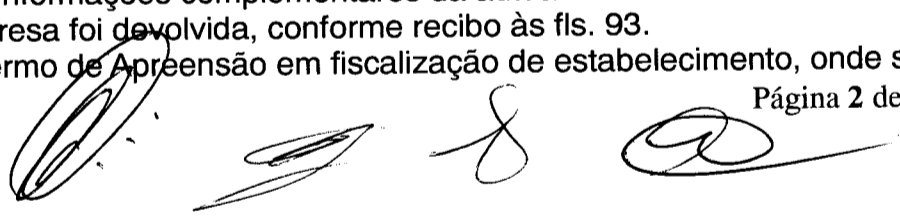
Tempestivamente a autuada apresentou impugnação, a qual repousa às fls.106 a 118 dos autos, onde alega:

- Deficiência na descrição da infração por não ter sido considerada toda a documentação entregue pela empresa.
- Cerceamento de defesa pela não devolução à empresa da documentação utilizada para a lavratura do auto de infração.
- Que a posse da documentação pela autoridade fiscal foi ilícita pela não lavratura de Termo de Apreensão.
- Que não existe a omissão de receita denunciada.
- Que não é cabível a aplicação da multa com agravamento pela não entrega de arquivo eletrônico por ser essa exigência dispensável para esse contribuinte.
- A nulidade do auto de infração pela ausência de notificação para a empresa regularizar a documentação.

Por fim, requer que seja o auto de infração declarado nulo ou que seja a impugnação julgada procedente.

A Julgadora de 1ª Instância, às fls. 126 a 130, assevera que:

- A infração foi constatada baseada nas próprias informações prestadas pelo contribuinte ao Simples Nacional e as informações complementares da autuante são claras e diretas.
- A documentação da empresa foi devolvida, conforme recibo às fls. 93.
- Não há de se falar em Termo de Apreensão em fiscalização de estabelecimento, onde se



aplica o art. 815 do Decreto nº 24.569/97 - Regulamento do ICMS (RICMS) que obriga o contribuinte a fornecer os documentos solicitados mediante prévia intimação.

- Não há previsão legal para ser concedida espontaneidade ao contribuinte nas condições dessa ação fiscal.

- O contribuinte não conseguiu apresentar qualquer fato ou razão de direito que possa afastar a diferença no recolhimento do ICMS apurada pela autuante, restando caracterizada a infração.

Contudo, aduz que o contribuinte do Simples Nacional está dispensado da entrega dos arquivos eletrônicos, em razão do disposto no art. 11, §2º, da Medida Provisória 2.158-35/2001. Devendo, assim, a multa ser no valor de 75% do imposto não recolhido.

Conclui decidindo pela parcial procedência do auto de infração, apresentando demonstrativo do crédito tributário.

Demonstrativo do Crédito Tributário:

ICMS	R\$ 13.039,38
Multa (112,5%)	R\$ 9.779,39
Total	R\$ 22.818,93

Havendo a redução no valor do crédito tributário no montante de R\$4.889,70, a decisão se sujeita a reexame necessário pelo Conselho de Recursos Tributários.

A Assessoria Processual Tributária emitiu o parecer de nº 93/2016 (fls. 138 a 139) onde afirma que está bem caracterizado nos autos a falta de recolhimento do ICMS, em flagrante violação ao art. 25-A da Resolução CGSN nº 94/2011.

Em sequência, expressa sua discordância do entendimento do julgador singular quanto à multa a ser aplicada.

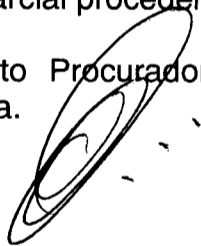
Nesse sentido, informa que a Medida Provisória nº 2.158-35/2001 dispensa da obrigação de apresentar arquivos eletrônicos apenas as empresas optantes do regime de que trata a Lei nº 9.317/96, sendo que esse regime era o SIMPLES FEDERAL e o regime a que estava sujeito o contribuinte autuado em 2008 era outro, o do SIMPLES NACIONAL, instituído pela Lei Complementar nº 123/2006 (que revogou a Lei nº 9.317/96).

Dessa forma, conclui que a dispensa oriunda da Medida Provisória nº 2.158-35/2001 não se aplicava ao autuado em 2008, tornando descabido o desenquadramento realizado pelo julgamento de Instância monocrática da penalidade aplicada pela autoridade fiscal.

Entende que a pena a ser aplicada deve ser a prevista no art. 44, I, §2º, II, da Lei nº 9.430/96 em lugar da informada no auto de infração (art. 44, I, §1º, da Lei nº 9.430/96).

Em razão disso, manifesta-se pelo conhecimento do reexame necessário e pelo seu provimento para reformar a decisão parcialmente condenatória de primeira instância, decidindo-se pela parcial procedência da auto de infração.

Às fls. 140 o douto Procurador do Estado adota o citado parecer da Assessoria Processual Tributária.



Contudo, em sua manifestação oral durante a sessão de julgamento, o douto Procurador do Estado reviu seu posicionamento e passou a manifestar-se favorável à procedência do auto de infração.

É o relatório.

VOTO DO RELATOR

Trata-se de Reexame Necessário interposto pela CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA em face de LAVINA G. RIOS ME, através do qual se almeja reexaminar a decisão parcial condenatória proferida pela julgadora singular.

O lançamento tributário materializado no Auto de Infração se reporta a falta de recolhimento de ICMS sob o Simples Nacional em razão de diferença na base de cálculo apurada durante a ação fiscal.

Analisando a Planilha do Simples Nacional (fls. 10 a 27), conclui-se como correto o levantamento do ICMS não recolhido em 2008 realizado pela autoridade fiscal. Na planilha de fls. 11 informa as entradas de mercadorias, na planilha de fls. 12 informa as saídas das mercadorias e apura a receita bruta da empresa e na planilha de fls. 13 calcula o ICMS devido em razão da receita bruta apurada (coluna 7.2.3) e calcula a diferença entre o ICMS devido e o efetivamente recolhido pelo contribuinte (coluna 7.2.7).

Não resta qualquer dúvida quanto à falta de recolhimento de ICMS no valor de R\$13.039,38 em 2008, em flagrante violação aos arts. 13, VII, e 18 da Lei complementar nº 123/2006:

Art. 13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições:

[...]

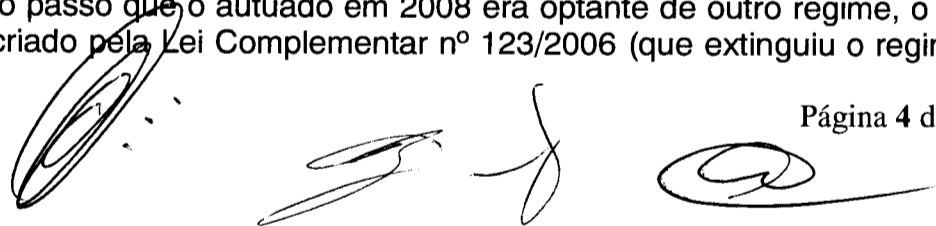
VII - Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS;

Art. 18. O valor devido mensalmente pela microempresa ou empresa de pequeno porte, optante pelo Simples Nacional, será determinado mediante aplicação das alíquotas constantes das tabelas dos Anexos I a VI desta Lei Complementar sobre a base de cálculo de que trata o § 3º deste artigo, observado o disposto no § 15 do art. 3º.

§ 1º Para efeito de determinação da alíquota, o sujeito passivo utilizará a receita bruta acumulada nos 12 (doze) meses anteriores ao do período de apuração.

Quanto à multa a ser aplicada, tem-se que avaliar se o contribuinte autuado estava obrigado a entregar os arquivos DIF exigidos pela autoridade fiscal através do Termo de Início nº 2012.04832 (fls. 07).

De princípio, tem-se claro que a dispensa de entrega de arquivos eletrônicos deferida pela Medida Provisória nº 2.158-35/2001 não se aplica ao contribuinte autuado, em razão dessa norma fazer referência aos optantes do regime do SIMPLES FEDERAL, instituído pela Lei nº 9.317/96, ao passo que o autuado em 2008 era optante de outro regime, o do SIMPLES FEDERAL, criado pela Lei Complementar nº 123/2006 (que extinguiu o regime



do SIMPLES FEDERAL e revogou a Lei nº 9.317/96) e que abrange outros tributos - dentre eles o ICMS (art. 13, VII, da Lei complementar nº 123/2006) - que não eram abrangidos pelo Simples Federal.

Ademais, o art. 5º da Resolução CGSN nº 10/2007, impõe aos optantes do SIMPLES NACIONAL que estes "deverão observar a legislação dos respectivos entes federativos quanto à prestação de informações e entrega de declarações".

Nesse sentido, a Instrução Normativa nº 14/2005 regulamenta a Declaração de Informações Econômico-Fiscais - DIEF e impõe, em seu art. 4º a entrega dessa declaração, em arquivo eletrônico (art. 5º), também pelas empresas optantes do SIMPLES NACIONAL:

Art. 4º A DIEF será apresentada:

I - mensalmente, por contribuintes enquadrados nos regimes de pagamento normal - NL - e empresa de pequeno porte - EPP -, até o 15º (décimo quinto) dia do mês subsequente ao período de apuração do ICMS;

II - anualmente, pelos demais contribuintes, até o dia 30 de março, englobando as informações referentes ao período de 1º de janeiro de 31 de dezembro do ano anterior.

§ 1º A entrega da DIEF é obrigatória, ainda que não tenha havido movimento econômico.

[...]

§ 3º As informações relativas ao inventário serão inseridas na DIEF referente ao período previsto no art. 427 do Decreto nº 24.569, de 31 de julho de 1997.

Art. 5º O arquivo magnético da DIEF deverá ser transmitido via sistema de transmissão SefazNET ou outra mídia que venha a ser definida pela SEFAZ.

Nesse sentido, os arts. 308 e 815, I, determinam a obrigação de todo contribuinte entregar os arquivos eletrônicos quando exigidos durante ação fiscal:

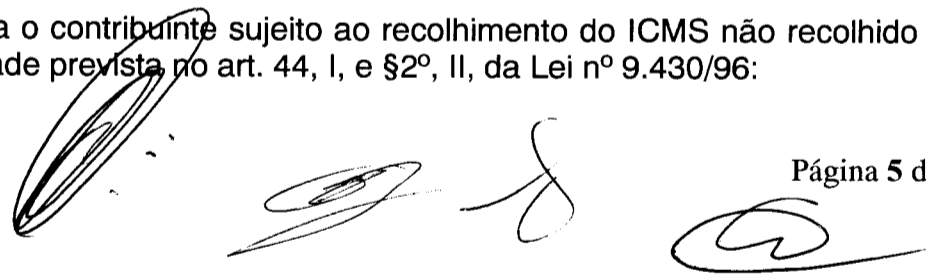
Art. 308. O contribuinte fornecerá ao Fisco, quando exigido, os documentos e **arquivo magnético** de que trata este Capítulo, no prazo de 5 (cinco) dias contados da data da exigência, sem prejuízo do acesso imediato às instalações, equipamentos e informações em meios magnéticos.

Art. 815. Mediante intimação escrita, são obrigados a exibir ou entregar mercadorias, documentos, livros, papéis ou **arquivos eletrônicos** de natureza fiscal ou comercial relacionados com o ICMS, a prestar informações solicitadas pelo Fisco e a não embargar a ação fiscalizadora:

I - as pessoas inscritas ou obrigadas à inscrição no CGF e todos os que tomarem parte em operações ou prestações sujeitas ao ICMS; (grifos ausentes no original)

Destarte, resta claro que o autuado tinha a obrigação de apresentar os arquivos eletrônicos DIEF referentes ao ano de 2008 quando exigidos pela autoridade fiscal em curso de ação fiscal.

Por todo o exposto, fica o contribuinte sujeito ao recolhimento do ICMS não recolhido no prazo legal e à penalidade prevista no art. 44, I, e §2º, II, da Lei nº 9.430/96:



Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata

[...]

§ 2º Os percentuais de multa a que se referem o inciso I do caput e o § 1º deste artigo serão aumentados de metade, nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para:

[...]

II - apresentar os arquivos ou sistemas de que tratam os arts. 11 a 13 da Lei no 8.218, de 29 de agosto de 1991

A aplicação conjunta desses dispositivos da Lei n 9.430/96 resulta na imposição da multa de 112,5% do valor do imposto não recolhido.

Apesar de constar no auto de infração, no campo "penalidade", a pena prevista no art. 44, I, e §1º, da Lei nº 9.430/96 na redação dada pela Lei nº 11.488/2007, que resultaria na multa de 150% (cento e cinquenta por cento) do valor do imposto, se observa sem dificuldade que no campo "multa" do auto de infração o valor dessa é de 112,5% (cento e doze e cinco décimos por cento) do valor do campo "imposto".

Isto posto, voto no sentido de que seja o Reexame Necessário conhecido e provido, reformando a decisão parcialmente condenatória proferida pela primeira Instância e julgando PROCEDENTE a acusação fiscal, tendo em vista que a penalidade efetivamente aplicada no auto de infração foi a prevista pelo art. 44, I e §2º, II da Lei nº 9.430/96, conforme manifestação oral durante a sessão de julgamento do douto representante da Procuradoria Geral do Estado.

Demonstrativo de Crédito Tributário:

ICMS	R\$ 13.039,38
Multa (112,5%)	R\$ 14.669,25
Total	RS 27.708,63

É como voto.

DECISÃO

Vistos, Relatados e Discutidos os presentes autos, em que é recorrente **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA** e recorrida **LAVINA G. RIOS OLIVEIRA ME.**


Resolvem os membros da 3ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos

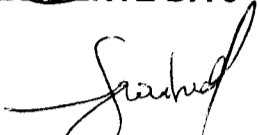
Página 6 de 7

Tributários conhecer do Reexame Necessário e, por decisão unânime, dar-lhe provimento, para modificar a decisão parcialmente condenatória exarada em primeira Instância, e julgar PROCEDENTE a acusação fiscal, tendo em vista que a penalidade efetivamente aplicada no auto de infração foi a prevista pelo art. 44, I e §2º, II, da Lei nº 9.430/96, nos termos do voto do Conselheiro Relator e de acordo com a manifestação oral, em sessão, do douto representante da Procuradoria Geral do Estado.

SALA DAS SESSÕES DA 3ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 16 de 08 de 2016.


Lúcia de Eátima Calou de Araújo
PRÉSIDENTE DA 3ª CÂMARA


André Gustavo Carreiro Pereira
PROCURADOR DO ESTADO


Michel André Bezerra Lima Gradvohl
CONSELHEIRO RELATOR


Ricardo Valente Filho
CONSELHEIRO


Mônica Filgueiras Menescal
CONSELHEIRA


Osvaldo Alves Dantas
CONSELHEIRO


Teresa Helena Carvalho Rebouças Porto
CONSELHEIRA


Renan Cavalcante Araújo
CONSELHEIRO