

PROCESSO Nº 1550302019-7
ACÓRDÃO Nº 0365/2021
PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO
Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULG. DE PROCESSOS FISCAIS – GEJUP
Recorrida: DBM MINERAIS LTDA
Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR3 DA SEFAZ - CAMPINA GRANDE
Autuante: GILDETT DE MARILLAC ALMEIDA MARINHO DO REGO
Relatora: Cons.^a MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES

CONTRIBUINTE SIMPLES NACIONAL. ATIVIDADE INDUSTRIAL. EXTRAÇÃO DE AREIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS PELAS ENTRADAS. INFRAÇÃO NÃO CARACTERIZADA. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO IMPROCEDENTE. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

- *Contribuinte Simples Nacional é tributado pelo faturamento do estabelecimento, conforme Lei Complementar nº 123/2006, não gerando repercussão tributária aquisições sem destaque do ICMS, como no caso dos autos. Denúncia improcedente.*

- *Frete contratado na modalidade CIF é responsabilidade do remetente, devendo ser observado o seu regime de tributação, in casu, contribuinte simples nacional pela receita bruta. Infração não configurada.*

Vistos, relatados e discutidos os autos deste Processo, etc...

A C O R D A M à unanimidade e de acordo com o voto da relatora, pelo recebimento do recurso hierárquico, por regular, e quanto ao mérito pelo seu desprovidimento, para manter inalterada a sentença exarada na instância monocrática, que julgou improcedente o Auto de Infração de Estabelecimento n.º 93300008.09.00003311/2019-86, lavrado em 14 de outubro de 2019, contra a empresa DBM MINERAIS LTDA., inscrita no CCICMS/PB, sob nº 16.254.442-1, devidamente qualificada nos autos, eximindo-a de quaisquer ônus decorrentes do presente processo.

Intimações necessárias a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar.

P.R.E.

Primeira Câmara de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 21 de julho de 2021.

MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES
Conselheira Relatora

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Primeira Câmara de Julgamento, LEONARDO DO EGITO PESSOA, THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA FONSECA E HEITOR COLLETT (SUPLENTE).

SÉRGIO ROBERTO FÉLIX LIMA
Assessor



Processo nº 1550302019-7

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Recorrida: DBM MINERAIS LTDA

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR3 DA SEFAZ - CAMPINA GRANDE

Autuante: GILDETT DE MARILLAC ALMEIDA MARINHO DO REGO

Relatora: Cons.^a MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES

CONTRIBUINTE SIMPLES NACIONAL. ATIVIDADE INDUSTRIAL. EXTRAÇÃO DE AREIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS PELAS ENTRADAS. INFRAÇÃO NÃO CARACTERIZADA. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO IMPROCEDENTE. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

- Contribuinte Simples Nacional é tributado pelo faturamento do estabelecimento, conforme Lei Complementar nº 123/2006, não gerando repercussão tributária aquisições sem destaque do ICMS, como no caso dos autos. Denúncia improcedente.

- Frete contratado na modalidade CIF é responsabilidade do remetente, devendo ser observado o seu regime de tributação, *in casu*, contribuinte simples nacional pela receita bruta. Infração não configurada.

RELATÓRIO

Em análise nesta Corte, o recurso de ofício interposto contra decisão monocrática que julgou *improcedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00003311/2019-86, lavrado em 14 de outubro de 2019 em desfavor da empresa DBM MINERAIS LTDA, inscrição estadual nº 16.254.442-1.

Na referida peça acusatória, constam as seguintes acusações, *ipsis litteris*:

0388 – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS >> O contribuinte, optante pelo Simples Nacional, deixou de recolher o ICMS.

Nota Explicativa

AS NOTAS DE SAÍDAS LEVADAS À TRIBUTAÇÃO QUE TIVERAM O VALOR DO FRETE DESTACADO NA NOTA E POR CONTA DO EMITENTE E CONTRATADO COMO AUTÔNOMOS, TIVERAM O VALOR DO ICMS FRETE PAGOS “POR DENTRO DO SIMPLES NACIONAL”. COM BASE NA LEI COMPLEMENTAR 123/2006 E SUAS ALTERAÇÕES E SEU ART. 13, §1º, INCISO XIII, ALÍNEA B A COBRANÇA DEVE SER “POR FORA DO SIMPLES NACIONAL”, FOI ENTÃO COBRADA A DIFERENÇA DO ICMS FRETE COM AS ALÍQUOTAS DE 12, 17 OU 18% DE ACORDO COM O DESTINO E SUBTRAÍDA A DIFERENÇA DO QUE FOI PAGO.

0285 – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS >> Falta de Recolhimento do imposto estadual.

Nota Explicativa

FOI VERIFICADO QUE A MAIOR PARTE DAS SAÍDAS DO CONTRIBUINTE É AREIA SANITÁRIA PARA USO ANIMAL, A PARTIR DE DECLARAÇÃO DO PRÓPRIO CONTRIBUINTE A MATÉRIA PRIMA PARA SUA PRODUÇÃO É BENTONITA CONFORME DOCUMENTO ANEXADO, MAS NÃO HÁ ENTRADA DO INSUMO QUE CUBRA AS SAÍDAS. TRATA-SE DE MINERAL COMPREENDIDA NO CONCEITO DE MERCADORIA DE ACORDO COM O ART. 2º §6º DO RICMS PB, O RECOLHIMENTO DO IMPOSTO É DE RESPONSABILIDADE DIRETA DO CONTRIBUINTE E FAR-SE-Á ANTECIPADAMENTE DE ACORDO COM O ART. 106, I, DO RICMS-PB, QUANDO DA SAÍDA DE MERCADORIAS DE ESTABELECIMENTO PRODUTOR OU EXTRATOR DE SUBSTÂNCIAS MINERAIS, QUE NÃO TENHA ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA E COMERCIAL ADEQUADA AO ATENDIMENTO DAS OBRIGAÇÕES FISCAIS, NO MOMENTO DA EXPEDIÇÃO DA NOTA FISCAL AVULSA OU DE ENTRADA. PARA CALCULAR A MATÉRIA PRIMA NÃO DECLARADA NA ENTRADA, FORAM TOTALIZADAS AS SAÍDAS COM O ACRÉSCIMO DE 30% DE PERDAS CONFORME DECLARADO PELO CONTRIBUINTE E SUBTRAÍDAS AS ENTRADAS DECLARADAS NAS NOTAS FISCAIS, SOBRE ESTA DIFERENÇA FOI APLICADA A ALÍQUOTA DE 17 OU 18% DE ACORDO COM O ANO, FOI CALCULADO O PREÇO MÉDIO DAS MERCADORIAS DECLARADAS NA ENTRADA.

Em decorrência deste fato, o representante fazendário, considerando haver o contribuinte infringido o artigo 106, VIII do RICMS/PB, lançou um crédito tributário na quantia total de R\$ 447.522,56 (quatrocentos e quarenta e sete mil, quinhentos e vinte e dois reais e cinquenta e seis centavos), sendo, R\$ 298.348,28 (duzentos e noventa e oito mil, trezentos e quarenta e oito reais e vinte e oito centavos) de ICMS e R\$ 149.174,28 (cento e quarenta e nove mil, cento e setenta e quatro reais e vinte e oito centavos) a título de multa por infração, com arrimo no artigo 82, II, “e”, da Lei nº 6.379/96.

Documentos instrutórios fls. 7 a 179.

Depois de cientificada via postal - AR, em 25 de outubro de 2019, a autuada, por intermédio de seu representante legal, apresentou impugnação tempestiva contra os lançamentos dos créditos tributários consignados no Auto de Infração em análise (fls. 182/195), protocolada em 25/11/2019, por meio da qual apresentou os seguintes argumentos:

- i) No tocante à infração 0388 - falta de recolhimento do ICMS relativo ao CIF, é de responsabilidade do vendedor, esta modalidade de frete está embutida no preço da mercadoria, compondo a base de cálculo do próprio imposto, de acordo com as disposições contidas no art. 14, §1º, II, “b” c/c o art. 72, §3º, II, do RICMS/PB;
- ii) Sendo assim, o frete integra a receita bruta auferida na operação de venda, não há que se falar em tributação segregada, a receita auferida está sujeita a alíquota única do Simples Nacional, conforme art. 158, §3º, da Lei nº 123/2006;
- iii) Em relação ao ato infracional 0285 – falta de recolhimento do ICMS, este se encontra fundamentado em técnica de auditoria imprópria, incapaz de materializar a exigência fiscal proposta;

- iv) Que não há repercussão no pagamento do imposto na falta de registro de entrada da matéria-prima, BENTONITA, vez que é extraída mediante concessão pública homologada pela União, constituindo ativo industrial próprio, não há compra de terceiro;
- v) Acrescenta que, no máximo, seria exigível a nota fiscal de entrada com suspensão do ICMS;
- vi) Assevera que 100% (cem por cento) da argila processada e tornada de valia econômica são tributadas pela saída.

Com base nas razões expostas, requer o recebimento da sua peça de defesa, como também, a improcedência do feito fiscal.

Sem informação de existência de antecedentes fiscais, foram os autos conclusos e remetidos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais, tendo sido distribuídos a julgadora fiscal Fernanda Céfora Vieira Braz, que decidiu pela improcedência da exigência fiscal, nos termos da seguinte ementa, *litteris*:

CONTRIBUINTE SIMPLES NACIONAL. ATIVIDADE INDUSTRIAL. EXTRAÇÃO DE BENTONITA. FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS PELAS ENTRADAS. PRODUÇÃO DE AREIA HIGIÊNICA PARA GATOS. ICMS FRETE. CIF NÃO RECOLHIDO.

- Contribuinte Simples Nacional é tributado pelo faturamento do estabelecimento, conforme Lei Complementar nº 123/2006, não gerando repercussão tributária nas aquisições sem destaque do ICMS, como no caso dos autos. Denúncia improcedente.

- Frete contratado na modalidade CIF é responsabilidade do remetente, devendo ser observado o seu regime de tributação, *in casu*, contribuinte simples nacional pela receita bruta. Infração não configurada.

AUTO DE INFRAÇÃO IMPROCEDENTE

Em atendimento ao que determina o artigo 80 da Lei nº 10.094/13, a julgadora da instância *a quo* recorreu de ofício da sua decisão.

Cientificada da decisão proferida pela instância prima via DTe em 03 de janeiro de 2021 (fls. 209), o contribuinte não mais se manifestou nos autos.

Remetidos os autos ao Conselho de Recursos Fiscais, tem-se que foram distribuídos a esta relatoria, conforme critério regimental, para apreciação e julgamento.

Eis o relatório.

VOTO

A matéria em apreciação versa sobre as seguintes denúncias: *i*) falta de recolhimento do ICMS, contribuinte optante do Simples Nacional e *ii*) falta de recolhimento do ICMS, sendo os períodos fiscalizados de 2015 a 2018 (fls. 03 a 06), formalizada contra a empresa DBM MINERAIS LTDA, já previamente qualificada nos autos.

De início, importante destacar que os lançamentos que constituíram o crédito tributário em questão foram procedidos em conformidade às cautelas da lei, atendendo aos requisitos formais e essenciais à sua validade, não havendo casos de nulidades elencados nos artigos 14 a 17 da Lei nº 10.094/13.

Com relação à intimação das decisões dos autos, estas serão encaminhadas em conformidade com as hipóteses do art. 11 da lei nº 10.094/13 para pessoas habilitadas no cadastro desta Secretaria.

Em face da inexistência de recurso voluntário, impõe-se apreciar as razões meritórias e motivadoras da decisão proferida pela instância monocrática, analisando os autos com base no desfecho das questões enfrentadas e dispostas na decisão recorrida, senão vejamos:

1ª Infração: FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – Referente às prestações de serviço de transporte, cujo frete foi destacado nas notas fiscais de saídas, por conta do contribuinte, contratado junto a motoristas autônomos.

Inicialmente, é fundamental observar que a impugnante está sujeita ao Regime de apuração Simples Nacional, desde a sua constituição em julho de 2015, que consiste em um tratamento diferenciado, em conformidade com o art. 1º, I, da Lei Complementar nº 123/2006¹.

Com fulcro no mesmo diploma legal, é sabido que este contribuinte não faz jus ao aproveitamento de crédito fiscal de ICMS nem o transfere aos seus clientes, em conformidade com o dispositivo legal, *litteris*:

Art. 23. As microempresas e as empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional não farão jus à apropriação nem transferirão créditos relativos a impostos ou contribuições abrangidas pelo Simples Nacional.

§ 1º As pessoas jurídicas e aquelas a elas equiparadas pela legislação tributária não optantes pelo Simples Nacional terão direito a crédito correspondente ao ICMS incidente sobre as suas aquisições de mercadorias de microempresa ou empresa de pequeno porte optante pelo Simples Nacional, desde que destinadas à comercialização ou industrialização e observado, como limite, o ICMS efetivamente devido pelas optantes pelo Simples Nacional em relação a essas aquisições. (Lei Complementar nº 123/2006 – grifos nossos)

Da leitura da norma acima reproduzida, percebe-se que a empresa optante do simples nacional não destaca ICMS nas notas fiscais porque não transfere crédito fiscal, porém quando comercializa com contribuinte não optante pelo simples nacional, desde que as mercadorias sejam destinadas à comercialização ou industrialização, este faz jus ao crédito do ICMS correspondente ao efetivamente devido pelas optantes pelo simples nacional.

Com relação às prestações de serviço de transporte em comento, é imprescindível notar que, de acordo com a nota explicativa do libelo basilar, o frete é realizado por conta da impugnante, contratado junto a motorista autônomo, ou seja, o frete

¹ Art. 1º Esta Lei Complementar estabelece normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, especialmente no que se refere:

I - à apuração e recolhimento dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime único de arrecadação, inclusive obrigações acessórias;

ocorreu na forma CIF, sendo possível o creditamento do imposto correspondente pelo remetente, de acordo com o disciplinamento do RICMS/PB abaixo reproduzido, *ipsis litteris*:

Art. 14. A base de cálculo do imposto é:

(...)

§1º Integra a base de cálculo do imposto, inclusive na hipótese do inciso V do “caput” deste artigo (Lei nº 7.334/036):

(...)

II – o valor correspondente a:

(...)

b) frete, caso o transporte seja efetuado pelo próprio ou por conta e ordem seja cobrado em separado.

“Art. 72, para fins de compensação do imposto devido, constitui crédito fiscal o valor do imposto relativo:

(...)

§ 2º. O imposto incidente sobre o frete será creditado:

I – (...)

II – **pelo remetente, quando a operação de circulação for CIF, o transportador for contratado por ele e a respectiva base de cálculo incluir o preço do serviço, desde que este esteja destacado no corpo da nota fiscal.** (Grifo nosso).

§ 3º. Para os efeitos do parágrafo anterior, entende-se por:

I – (...)

II – **preço CIF, aquele em que as despesas de frete e seguro estejam incluídas no preço da mercadoria.**” (Grifo nosso).

Desta forma, como bem observado pela julgadora monocrática, algumas notas fiscais que a autora do feito fiscal relacionou às fls. 8 a 64 a fim de cobrar o ICMS Frete, identifica-se que o frete efetivamente está destacado nas referidas notas, por conta do emitente, *in casu*, a impugnante. Consequentemente, o contribuinte alertou em sua peça impugnatória, que frete foi contratado na modalidade CIF, e seu preço está contido no valor da mercadoria.

Destarte, não há que se falar em tributação apartada da mercadoria, compete-nos observar o regime de apuração próprio do contribuinte, que como visto, se trata de empresa optante do Simples Nacional.

Além disso, a tributação da empresa optante pelo simples nacional se dá em função da receita bruta dos últimos doze meses, ou seja, o cálculo dos impostos devidos é realizado a partir do faturamento da empresa e em conformidade com as alíquotas fixadas na Lei Complementar nº 123/2006, de acordo com a norma abaixo transcrita:

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. (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014). (Grifo nosso).

§ 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.

À luz da legislação supracitada, resta evidenciado que as operações com mercadorias, nem a prestações de serviço de transporte, ainda que realizadas por conta do contribuinte, devem sofrer incidência do ICMS separadamente, pois sua tributação ocorre em função da receita bruta, logo, a autuada não incorreu em falta de recolhimento de ICMS ao destacar o frete na nota fiscal e inclui-lo no preço da mercadoria.

2ª Infração: FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS

Quanto à segunda acusação, falta de recolhimento de ICMS, em virtude de a fiscalização haver verificado que a empresa não possuía entradas de insumos (*bentonita*) que acobertassem as saídas de areia sanitária para uso animal, sendo a *bentonita* um mineral alcançado pelo conceito de mercadoria, nos termos do art. 2º, §6º, do RICMS/PB, em vista disso o ICMS devido pelas entradas de *bentonita* é de responsabilidade direta do contribuinte e far-se-á o recolhimento antecipadamente na forma do art. 106, I, do RICMS, em conformidade com a apuração descrita em nota explicativa e demonstrativo fiscal.

De início, observa-se que a impugnante tem como atividade principal CNAE 2399-1/99 a FABRICAÇÃO DE OUTROS PRODUTOS DE MINERAIS NÃO METÁLICOS NÃO ESPECIFICADOS ANTERIORMENTE, conforme consta no cadastro desta Secretaria, ou seja, trata-se de um processo de industrialização, cujo sistema produtivo se dá na forma especificada pelo contribuinte à fls. 131.

Analisando os documentos inseridos aos autos, em 03/09/2019 o contribuinte foi notificado sob o nº 00265586/2019 (fls.130), para que apresentasse detalhamento do sistema produtivo da empresa, mostrando como se dá o processo para obtenção do produto final, quantidade de insumos utilizados como matéria prima, e, todas as perdas de matéria prima envolvidas no processo. Bem como, apresentar despesas com energia elétrica, água, telefones, pessoal, aluguel de máquinas e demais despesas da empresa.

Em resposta à notificação supra (fls.131), a empresa, detalhou seu sistema produtivo da seguinte forma:

- “1 – Extraímos bentonita em jazida própria;
- 2 – Umedecemos o mineral para que haja concentração de partículas;
- 3 – Espalhamos no pátio para secagem;
- 4 – Este material após secagem é moído;
- 5 – Empacotamos em embalagens;
- 6 – Material está liberado para venda. ”

Observações;

Matéria prima: Bentonita

Insumos: Água

Produto Final: areia higiênica para gatos

Perdas: entre 20% a 25%.

Desta forma, ciente do sistema produtivo descrito pela impugnante como também pelo confronto entre entradas e saídas no estabelecimento promovido pela fiscalização, infere-se que a fiscalização não considerou outros gastos com a produção, relatados pelo contribuinte, tais como: água, secagem, moagem, material de embalagem, como bem fundamentado pela julgadora monocrática, ao entender, que seria mais eficiente para apuração da regularidade fiscal deste estabelecimento industrial a Apuração do Resultado Industrial ou Rendimento Industrial.

Como dito anteriormente, o contribuinte em questão está sujeito ao regime de apuração do Simples Nacional, logo, sua tributação se dá pelo faturamento, pela receita bruta, em conformidade com o art. 18 da Lei Complementar 123/2006, já citado, por conseguinte, não há tributação pela entrada para contribuinte dessa sistemática, até porque, a matéria prima é extraída de jazida própria, cuja exploração é autorizada pela União, conforme sua declaração e documento apenso.

Outrossim, o percentual de perdas de 30% empregado pela autora do feito fiscal no seu confronto de entradas e saídas de matéria-prima e saídas de produto final não restou demonstrada sua origem, contribuindo, igualmente, para a fragilidade do procedimento.

Este entendimento encontra respaldo em decisões do Conselho de Recursos Fiscais, a exemplo do Acórdão 153/2019 de minha relatoria, cuja ementa reproduzo a seguir:

CONTRIBUINTE SIMPLES NACIONAL. ATIVIDADE INDUSTRIAL. EXTRAÇÃO DE AREIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS PELAS ENTRADAS. INFRAÇÃO NÃO CARACTERIZADA. LEVANTAMENTO DO RESULTADO INDUSTRIAL. CORRIGIDO, DE OFÍCIO, OS VALORES ALOCADOS ERRONEAMENTE. REFORMADA, EM PARTE, A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

- Contribuinte Simples Nacional é tributado pelo faturamento do estabelecimento, conforme Lei Complementar nº 123/2006, não gerando repercussão tributária aquisições sem destaque do ICMS, como no caso dos autos. Denúncia improcedente.
- In casu, o Resultado Industrial evidenciou que a receita de vendas realizadas foi inferior ao custo de produção, impondo a cobrança do ICMS correspondente. Confirmada correção, de ofício, de valor arrolado no referido levantamento fiscal, reduzindo o crédito tributário.

Com estes fundamentos,

VOTO pelo recebimento do recurso hierárquico, por regular, e quanto ao mérito pelo seu desprovimento, para manter inalterada a sentença exarada na instância monocrática, que julgou improcedente o Auto de Infração de Estabelecimento n. ° 93300008.09.00003311/2019-86, lavrado em 14 de outubro de 2019, contra a empresa DBM MINERAIS LTDA., inscrita no CCICMS/PB, sob nº 16.254.442-1, devidamente qualificada nos autos, eximindo-a de quaisquer ônus decorrentes do presente processo.

Intimações necessárias a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar.

Primeira Câmara de Julgamento, sessão realizada por meio de videoconferência, em 21 de julho de 2021.

Maíra Catão da Cunha Cavalcanti Simões
Conselheira Relatora

