

AI. N° - 207185.0001/06-4
AUTUADO - OXIMASTER GASES E EQUIPAMENTOS LTDA.
AUTUANTE - PAULO ROBERTO MENDES LIMA
ORIGEM - INFRAZ ITABUNA
INTERNET - 13/03/07

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0056-03/07

EMENTA: ICMS. 1. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. RECOLHIMENTO A MENOS DO ICMS. Diligência fiscal refez os cálculos, com redução do débito. Infração parcialmente elidida. 2. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS DME. DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS. MULTA. Infração não impugnada. Rejeitado o pedido de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, foi lavrado em 21/02/06, exige ICMS no valor de R\$10.747,02 acrescido da multa de 50%, além de multa de caráter acessório no valor de R\$140,00, em razão das seguintes irregularidades:

01. Recolheu a menos o ICMS na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA, 2001 a 2004) - R\$10.747,02.
02. Declarou incorretamente dados nas informações-econômicas apresentadas na Declaração de Movimento Econômico de Micro Empresa (DME 2001 a 2004), sendo aplicada multa de R\$140,00.
O autuado, em impugnação apresentada às fls. 23 a 35, inicialmente discorre sobre a autuação e suscita a sua nulidade, pelo fato de ter sido lavrado fora do estabelecimento do contribuinte. Alega que, por analogia, o disposto no art. 10 do Dec. 70.235, que trata do Processo Administrativo Fiscal Federal, determina que o Auto de Infração deve ser lavrado no próprio estabelecimento do contribuinte, excetuando as ocorrências em feiras, exposições, mostras e operações semelhantes. Transcreve à fl. 24, trecho de autoria do professor Bernardo Ribeiro de Moraes para reforçar o seu posicionamento.

Suscita ainda a nulidade, sob argumento de que o autuante não é Contador habilitado no Conselho Regional de Contabilidade (CRC/BA) do Estado da Bahia e entende que não têm competência para realizar exames na escrita fiscal e contábil do contribuinte. Cita a legislação que regulamenta a profissão do Contador e decisões proferidas pelos Tribunais Superiores (STJ e STF), acerca da competência específica desta categoria profissional.

No mérito, em relação à primeira infração, diz que foram incluídas indevidamente as receitas de:

- a) R\$18.888,69, no exercício de 2001, referente a serviços exclusivamente tributados pelo Imposto de Serviços de Qualquer Natureza (ISS), conforme cópia do livro do ISS acostado ao processo;
- b) da mesma forma, R\$7.665,20, no exercício de 2002;
- c) R\$13.000,00, em maio/2002, relativa à desincorporação de bens do ativo, que é isenta do ICMS nos termos do art. 6º, VIII do Dec. 7.284/97. Salienta que inscrito no Simbahia, não há previsão de tributação da desincorporação de ativos e sim o resultado da operação de venda menos custo de aquisição, e que na legislação do Simples Federal, a tributação sobre os ganhos na alienação de bens do ativo, também não há previsão de tributação da receita de venda e sim sobre a diferença positiva entre o valor da alienação e o valor contábil;
- d) R\$74.688,60, no exercício de 2003, referente a serviços exclusivamente tributados pelo Imposto de Serviços de Qualquer Natureza (ISS), conforme cópia do livro do ISS acostado ao processo;

e) R\$64.383,77, em janeiro e R\$52.000,00 no mês de junho/2003, relativo a desincorporação de bens; Comenta a legislação em relação à antecipação parcial e diz que não há obrigação do pagamento desta modalidade de ICMS, ao teor do art. 353-A, ressaltando que também as Microempresas (ME) e Empresas de Pequeno Porte (EPP) estão dispensados do pagamento do imposto da diferença de alíquota, na aquisição de bens de consumo e do ativo permanente (art. 392-A), tudo do RICMS/BA.

Salienta que para calcular o ICMS devido pelas EPP, em conformidade com o art. 384-A do RICMS/BA, deve ser calculada a receita bruta, e diz que não há referências quanto a prestações de serviços, que faz parte de sua atividade econômica, conforme previsto na lista de serviços inserta na Lei Complementar 116/03. Diz que só haveria tributação se o serviço não estivesse previsto na mencionada Lei e exceções previstas nas mesmas.

Alega que o valor exigido na primeira infração não foi precedido de qualquer levantamento fiscal, entende que baseia-se tão somente em presunção fiscal, sem prova concreta da ocorrência do fato gerador e que não tem suporte na vinculação legal da Administração Tributária.

No que se refere à segunda infração, afirma que não há nada a contestar.

Afirma que o Regulamento do ICMS é omissivo quanto a desincorporação do ativo, se deve ou não integrar a receita bruta do contribuinte inscrito no Simbahia. Diz que, embora a resposta dada no site da SEFAZ, afirme que sim, vale ressaltar que:

- 1) conforme disposto no art. 6º, VIII do RICMS/BA, “não há incidência de bem do ativo permanente, desde que tenha sido objeto de uso no próprio estabelecimento”, por mais de um ano, antes da desincorporação;
- 2) o art. 83, do mencionado diploma legal, reduz a base de cálculo na desincorporação de bens do ativo imobilizado com menos de uma ano de uso no mesmo estabelecimento, em 100% quando o bem for veículo, de 95%, tratando-se de máquinas e aparelho, e de 80% nos demais casos.

Alega que a multa de 50% é injusta, abusiva e confiscatória, o que dificulta a iniciativa do contribuinte de liquidar seus débitos perante ao Fisco estadual, à vista do previsto no art. 108 do CTN e inconstitucional, em relação aos art. 59 e 150 da Constituição Federal, que veda a aplicação da multa com fins de confisco. Pede a redução da multa.

Requer que sejam apreciados todos os argumentos apresentados; o direito do creditamento do ICMS pago a mais relativo aos meses de fevereiro/01 a abril/04, totalizando R\$232,87, conforme os anexos I a IV, juntados ao processo, correspondente aos valores inclusos indevidamente da desincorporação de bens. Pede a improcedência da primeira infração e reconhece como devida a multa exigida na segunda infração.

O autuante, em sua informação fiscal, às fls. 202 e 203, preliminarmente diz que não há qualquer identificação quanto ao postulante que apresentou a defesa e pede que a mesma seja arquivada, nos termos dos artigos 3º, 4º e 10º do RPAF/BA.

Afirma que os argumentos defensivos não encontram suporte no art. 18 do RPAF/BA e que no seu entendimento devem ser rejeitados os pedidos de nulidade formulados.

Quanto ao mérito, afirma que a defesa não é clara e tenta confundir os julgadores em relação ao regime de apuração distinto entre o Normal e o aplicável às empresas enquadradas no Simbahia. Afirma que tendo optado pelo Simbahia, na condição de EPP, sujeitam-se às normas previstas na legislação tributária, que não diferencia operações tributadas de operações isentas e outras, para efeito de apuração da Receita Bruta Ajustada e base de cálculo adotada pela fiscalização na apuração do imposto.

Alega que há uma flagrante contradição na defesa do contribuinte ao reconhecer como procedente a declaração incorreta de dados (infração 2) e paralelamente desconsidera as exigências do imposto resultantes das provas concretas e bases de cálculo apuradas pela fiscalização.

Conclui, mantendo a ação fiscal na sua integralidade.

Esta JJF decidiu converter o processo em diligência a ASTEC/CONSEF (fl. 207), para que verificasse se os serviços prestados pelo contribuinte estão incluídos na lista de serviços tributados exclusivamente pelo ISS e, caso positivo, refizesse o demonstrativo elaborado pelo autuante, excluindo os valores correspondentes, e também, dos valores relativos à venda de bens do ativo imobilizado.

A diligente, no parecer ASTEC juntado à fl. 209, esclarece que são os seguintes serviços prestados pelo impugnante: Representação comercial; instalação de equipamentos hospitalares; montagem de tubulações; locação e aluguel de equipamentos; palestra, treinamentos sobre segurança e manuseio de gases hospitalares e manutenção/reparo, com códigos da Lista de Serviços 8.02, 14.01, 14.06 e 17.24 que não são tributados pelo ICMS, conforme demonstrativos às fls. 211 a 213.

Informa que juntou ao processo também, cópias das notas fiscais de nºs. 119, 562, 602, 604 e 794 relativas às vendas de bens do ativo imobilizado (fls. 367 a 372).

Afirma que acostou às fls. 381 e 382, demonstrativos nos quais foram excluídas das originais as receitas oriundas dos serviços não tributados pelo ICMS, de vendas do ativo imobilizado e que não tendo sido solicitado na diligência, não foram excluídos os valores das devoluções de vendas que o impugnante tinha feito na defesa apresentada.

O autuado tomou conhecimento do resultado da diligência (fl. 384), manifestou-se às fls. 386 a 397, reiterando os termos da defesa inicial e acrescentando que no parecer ASTEC, a diligente:

- a) não excluiu o valor de R\$840,00 relativo a prestação de serviços objeto da nota fiscal 014, registrada à fl. 8 do livro de ISS, conforme documentos anexados às fls. 228 e 229 do processo, motivo pelo qual pede a exclusão deste valor, o que reduz a receita neste mês.
- b) não excluiu da base de cálculo apurada o valor de R\$558,29, no mês de dezembro/01, relativa a receita financeira, a qual foi mantida indevidamente pelo autuante, conforme documentos juntados às fls. 375 e 376 de serviços objeto da nota fiscal 014, registrada à fl. 8 do livro de ISS, conforme documentos anexados às fls. 228 e 229 do processo, motivo pelo qual pede a exclusão deste valor; o que resulta em receita de R\$7.106,91 (2002).
- c) Ressalta que as receitas decorrentes das operações de desincorporações de bens do ativo imobilizado, rendimentos e ganhos líquidos, bem como as devoluções de vendas não são inclusas na receita bruta das empresas enquadradas no SIMBAHIA.

Por fim, pede que seja declarada nula a exigência fiscal referente à primeira infração, o creditamento do valor do ICMS pago a mais no valor de R\$232,87 relativo ao período de fevereiro/01 a abril/04, correspondente a inclusão indevida na receita bruta do valor de R\$13.000,00 relativo a venda de bens do ativo imobilizado. Reconhece como devido o valor de R\$140,00, referente à segunda infração.

Esta Junta, decidiu converter o processo em nova diligência (fls. 400/401) para que a diligente:

- 1) refizesse os demonstrativos elaborados pelo autuante, deduzindo da receita bruta mensal dos valores relativos a serviços tributados pelo ISS, receitas financeiras, receitas de vendas do ativo imobilizado e das devoluções de vendas;
- 2) contemplasse a redução do benefício de empregados, de acordo com o comprovado.

A diligente, no Parecer ASTEC nº 0188/06 (fls. 402/403), afirma que em atendimento ao pedido da diligência, refez os demonstrativos às fls. 404 e 405, com suporte nas cópias dos Relatórios Anuais de Informações Sociais (RAIS) cujas cópias foram juntadas ao processo (fls. 406/471), bem como das devoluções comprovadas (fls. 472 a 478), o que resultou em ICMS devido de R\$17,80; R\$1.025,27; R\$1.792,71, respectivamente nos exercícios de 2001, 2002 e 2003, totalizando valor de R\$2.835,78.

O autuante foi cientificado do resultado da diligência (fl. 480) e concordou com o mesmo.

A Inspetoria Fazendária intimou o autuado (fls. 481/482) para tomar conhecimento do resultado da diligência, tendo se manifestado às fls. 484 a 487, contestando o valor apurado pela diligente, face aos seguintes equívocos:

Exercício de 2001:

a) erro na receita bruta a partir do mês de março;

b) não foi considerado valor pago a mais de R\$23,55 no mês de março;

c) no total do exercício foi pago a mais R\$5,76, conforme demonstrativo juntado à fl. 488.

Exercício de 2002:

d) erro na receita bruta acumulada a partir do mês de março, o que provocou elevação indevida do percentual de incidência do imposto de 4,5% para 5%, no mês de novembro e consequente cobrança indevida de R\$308,77;

e) foi utilizado percentual a menos na coluna de abatimento/emprego (junho a setembro);

f) não foram considerados os valores pagos a mais (abril, maio, junho, julho, agosto e setembro);

g) no total do exercício foi pago a mais R\$254,21, conforme demonstrativo juntado à fl. 489.

Exercício de 2003:

h) erro na receita bruta acumulada a partir do mês de março, provocando elevação indevida do percentual de incidência do imposto nos meses de julho, setembro, outubro, novembro e dezembro e consequente cobrança indevida do imposto nos respectivos meses de R\$246,89; R\$313,48; R\$323,84; R\$141,77 e R\$59,22;

i) foi utilizado percentual de 13% na coluna abatimento/emprego do mês de janeiro, quando o correto seria 11%;

j) não foram considerados os valores pagos a mais nos meses de fevereiro, junho, agosto, outubro, novembro e dezembro, com valores respectivos de R\$578,45; R\$35,03; R\$50,35; R\$369,00; R\$2,59 e R\$139,24.

k) no total do exercício foi pago a mais R\$818,96, conforme demonstrativo anexado à fl. 490.

Exercício de 2004:

l) não foram considerados os valores pagos a mais nos meses de fevereiro, março e abril, com valores respectivos de R\$47,73; R\$57,57 e R\$118,67;

m) no total do exercício foi pago a mais R\$223,96 conforme demonstrativo acostado à fl. 491.

Finaliza reiterando o pedido de nulidade inicial, requerendo o creditamento do valor do ICMS pago a mais nos exercícios de 2001 a 2004, totalizando R\$1.302,89, conforme demonstrativos juntados com a sua manifestação, reconhecendo apenas o valor de R\$140,00, o qual foi objeto de liquidação e pede a procedência parcial da autuação.

VOTO

O autuado, em ralação a primeira infração suscitou a sua nulidade, sob o argumento de que o Auto de Infração foi lavrado fora do estabelecimento do contribuinte, o que contraria o disposto no art. 10 do Dec. 70.235/72. Rejeito à nulidade suscitada, tendo em vista que as regras estabelecidas pelo mencionado Decreto aplicam-se ao Processo Administrativo Fiscal no tocante aos impostos de competência da União. Como este processo trata de imposto de competência do Estado da Bahia, o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal aprovado pelo Dec. 7.629/99 disciplina no seu art. 39, § 1º, que “o Auto de Infração será lavrado no estabelecimento do infrator, na repartição fazendária ou no local onde se verificar ou apurar a infração”. Dessa forma, está correto o procedimento do autuante.

Suscitou, ainda, a nulidade, argumentando que o autuante não é Contador habilitado no CRC/BA e que não têm competência para realizar exames na escrita fiscal e contábil do contribuinte. O art. 107, §§ 1º e 2º da Lei nº 9.837/05, estabelece que a função fiscalizadora será exercida pelos Auditores Fiscais, cargo exercido pelo autuante, os quais possuem competência para lavrar Autos de Infração para exigência de tributos, acréscimos e multas, sendo regulamentado pelo art. 42 do RPAF/BA, aprovado pelo Dec. 7.629/99. Portanto, a lavratura do Auto de Infração é de competência privativa dos Auditores Fiscais, sendo legal o procedimento por ele adotado, não podendo ser acatada a nulidade suscitada.

No mérito, o Auto de Infração acusa o contribuinte de ter recolhido a menos o ICMS na condição EPP e aplica multa por ter declarado incorretamente dados na DME.

Em relação à primeira infração, o defendant argumentou que no levantamento fiscal foram incluídas indevidamente receitas de serviços exclusivamente tributados pelo ISS e também da desincorporação de bens do ativo. Acato à primeira alegação, tendo em vista que diligência realizada pela ASTEC (fl. 209), juntou cópia de notas fiscais, devidamente escrituradas no Livro Registro de Prestação de Serviços (fl. 214 a 366), comprovando que se trata de prestação de serviços de representação comercial; instalação de equipamentos hospitalares; aluguel de equipamentos; palestras; treinamento; manutenção e reparo. Estas atividades constam na Lista de Serviços tributados pelo ISS. Acolho também a segunda alegação, tendo em vista que a legislação do ICMS não prevê a inclusão da receita da desincorporação de bens do ativo, na base de cálculo da apuração do ICMS de contribuintes inscritos no Simbahia, mesmo porque, conforme ressaltado pelo defendant, as Microempresas (ME) e Empresas de Pequeno Porte (EPP) estão dispensados do pagamento do imposto da diferença de alíquota, na aquisição de bens do ativo permanente (art. 392-A do RICMS/BA).

Na manifestação acerca da primeira diligência da ASTEC, o defendant contestou que não foram excluídos os valores das devoluções de vendas; receita de serviço relativo a nota fiscal de nº 14 e a exclusão das receitas financeiras. Na segunda diligência, por determinação desta Junta, a própria diligente, refez os demonstrativos contemplando todos os pleitos formulados pelo autuado. O impugnante, ao tomar conhecimento do resultado da diligência (fls. 484 a 487) contestou os valores apurados, apresentando novos demonstrativos às fls. 488 a 491.

Pelo confronto dos demonstrativos elaborados pela diligente com os do autuado verifico que:

- a) No exercício de 2001, embora a diligente, no cálculo da Receita Bruta Acumulada (RBA), não tenha deduzido as receitas de serviços a partir do mês de março, não ocorreu mudança de faixa e percentual aplicado. Portanto, deve ser mantido o valor exigido de R\$17,77 no mês de outubro, conforme demonstrativo de débito da diligente e do autuado (fls. 404 e 488);
- b) No exercício de 2002, constato que a diligente no demonstrativo à fl. 404 indicou no mês de junho, quantidade de sete empregados e percentual de 7% em vez de 9%; no mês de setembro indicou quantidade de nove empregados e percentual de 9% em vez de 13%. Também, conforme ressaltado pelo autuado, a diligente no cálculo da RBA, não deduziu as receitas computadas indevidamente (serviços, ativo e financeiras) e das devoluções de vendas a partir do mês de março, tendo apurado no mês de novembro uma RBA de R\$863.711,44, em vez de R\$834.333,43. Consequentemente foi aplicado percentual de incidência do imposto de 5% quando o correto é 4,5%. Portanto, acato o demonstrativo do autuado à fl. 489 e considero indevida a cobrança de R\$308,77, restando devido o valor de R\$716,48 no mês de outubro.
- n) No exercício de 2003, verifico que a diligente no demonstrativo à fl. 405 indicou no mês de janeiro a quantidade de oito empregados e percentual de 13% em vez de 11%. Também, conforme ressaltado pelo autuado, a diligente no cálculo da RBA, não deduziu as receitas computadas indevidamente (serviços, ativo e financeiras) e das devoluções de vendas a partir do mês de março, o que provocou elevação da RBA e consequentemente incidência de percentual indevido nos meses de julho, setembro, outubro, novembro e dezembro. Por isso, acato o demonstrativo juntado pelo autuado à fl. 490 e considero devido os seguintes valores: mês de janeiro, R\$693,19; março, R\$31,89; abril, R\$36,52; setembro, R\$11,89, totalizando R773,59;
- o) No exercício de 2004, pelo confronto do demonstrativo da diligente com o do defendant (fls. 405 e 491), não resultou em qualquer exigência fiscal.

Relativamente ao pedido de redução da multa, não pode ser acolhido, tendo em vista que a multa aplicada é prevista na Lei 7.014/96 e decorre da falta de cumprimento da obrigação principal, sendo de competência exclusiva para apreciação do pedido de redução ou cancelamento, a Câmara Superior do CONSEF, nos termos do art. 159, § 1º e art. 169, § 1º do RPAF/BA.

Quanto aos valores indicados pelo autuado como pagos a mais em diversos meses nos exercícios de 2001 a 2004 (fls. 488 a 491), não pode ser acatado nesta fase processual para serem compensados com os débitos exigidos na autuação, podendo, se comprovado, ser objeto de restituição de indébito, nos termos do art. 74 do Dec. 7629/99 (RPAF/BA).

Por tudo que foi exposto, restou devido na infração 1, o débito de R\$1.507,84, conforme demonstrativo apresentado no final do voto.

Na impugnação apresentada o autuado reconheceu o cometimento da segunda infração. Portanto, não havendo qualquer discordância em relação à multa aplicada, deve ser mantida. Infração subsistente.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme demonstrativo abaixo.

Data Ocorr	Data Vencto	Base de Cálculo	Aliq %	Multa Fixa	Multa %	Valor em Real
31/10/2001	09/11/2001	104,53	17		50	17,77
31/10/2002	09/11/2002	4.214,59	17		50	716,48
31/01/2003	09/02/2003	4.077,59	17		50	693,19
31/03/2003	09/03/2003	187,59	17		50	31,89
30/04/2003	09/05/2003	214,82	17		50	36,52
30/09/2003	09/10/2003	214,82	17		50	11,99
28/02/2005	09/03/2005			140,00		
Total				140,00		1.507,84

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração n.º 207185.0001/06-4, lavrado contra **OXIMASTER GASES E EQUIPAMENTOS LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$1.507,84 acrescido da multa de 50% prevista no art. 42, I, “b” item 3, da Lei n.º 7.014/96, e dos demais acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$140,00, prevista no art. 42, XVIII, “c” da citada Lei e dos acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de março de 2007.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - RELATOR

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA - JULGADOR