

PROCESSO	- A. I .Nº 213687.0001/14-9
RECORRENTE	- E. A. DE LIMA APARELHOS AUDITIVOS (CENTRO DE APOIO A AUDIÇÃO) ME
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0177-05/14
ORIGEM	- INFRAZ VAREJO
INTERNET	- 18/12/2014

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0381-11/14

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL COMO NÃO TRIBUTÁVEL. FALTA DE INCLUSÃO NA RECEITA BRUTA NO PGDAS DE OPERAÇÕES ISENTAS. Restou comprovado que a receita auferida nas vendas de mercadorias isentas não deve ser excluída da base de cálculo do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos (Simples Nacional). Infração subsistente. Afastadas as preliminares. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 25/02/2014 para cobrar ICMS no valor de R\$51.349,40, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

INFRAÇÃO 01 – Deixou de recolher o ICMS em razão de considerar receita tributável como não tributável (imunidade, isenção ou valor fixo).

O Contribuinte apresentou Defesa às fls. 73 e 77, pedindo pela improcedência da infração e, por parte do Fiscal autuante, houve a apresentação de Informação Fiscal às fls. 581 a 583, rebatendo as alegações defensivas, pugnando pela procedência do Auto de Infração.

Regularmente instruído, o processo foi a julgamento pela 5ª JJF, que decidiu, por unanimidade, pela Procedência da exigência fiscal, com base nas considerações a seguir transcritas, *in verbis*:

“VOTO

Quanto ao mérito, o Impugnante alegou que a falta de recolhimento de ICMS apurada pelo autuante se deve ao fato de comercializar produtos isentos.

Razão não assiste ao Impugnante, pois a tributação de empresa comercial no Simples Nacional incide sobre a receita bruta auferida mensalmente mediante aplicação da tabela do Anexo I da Lei Complementar 123/06 (art. 18, 1º e 3º), devendo considerar (§ 4º), destacadamente, para fim de pagamento: I - as receitas decorrentes da revenda de mercadorias; II - as receitas decorrentes da venda de mercadorias sujeitas à substituição tributária e tributação concentrada em uma única etapa (monofásica), bem como, em relação ao ICMS, antecipação tributária com encerramento de tributação; III - as receitas decorrentes da exportação de mercadorias para o exterior, inclusive as vendas realizadas por meio de comercial exportadora ou da sociedade de propósito específico prevista no art. 56 desta Lei Complementar.

Assim, para efeito de tributação pelo regime diferenciado do Simples Nacional, não há falar que se em vendas de mercadorias sem tributação ou isentas, uma vez que o objeto de tributação é a receita bruta auferida por vendas, não importando se a mercadoria é ou não tributável pelo ICMS no regime normal de tributação.

A segregação prevista no art. 18, §4º da Lei Complementar nº 123/2006 consiste em não incidir ICMS nas receitas decorrentes da venda de mercadorias sujeitas a substituição tributária e tributação concentrada em uma única etapa (monofásica), bem como, em relação ao ICMS, antecipação tributária com encerramento de tributação e de exportação.

Fora a segregação acima alinhada, o contribuinte optante do Simples Nacional, por falta de previsão legal, inclusive para a aplicação do §20 do art. 18 da Lei 123/96, não pode excluir da receita bruta decorrente da revenda de mercadorias qualquer valor, mesmo se tratando de mercadorias amparadas por isenção, uma vez

que o sistema de apuração do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições é exclusivo e não contempla a exclusão de qualquer mecanismo ou instituto tributário.

A isenção para produtos ortopédicos se aplica apenas para a antecipação parcial e não ao cálculo conforme previsto para recolhimento através do simples nacional.

Voto pela procedência do Auto de Infração.

Inconformado com a Decisão proferida pela Primeira Instância, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário, onde alega que a Decisão recorrida merece ser reformada, repisando integralmente os argumentos apresentados na sua defesa inicial, bem como refaz todos os pedidos já postulados.

Após breve síntese do Auto de Infração e dos fatos vividos no presente PAF, o Recorrente alega, em sede de preliminar, que o “*O referido Auto de Infração é nulo de pleno direito na sua origem por falta do correto enquadramento legal*”, pois, no seu entender, o artigo 18 da LC 123/06 em momento algum tributa próteses auditivas e, portanto, deveria constar no enquadramento legal “*a Lei e Regulamento do ICMS que determina a tributação da receita advinda da venda das próteses auditivas que, aliás, são isentas de ICMS*”.

No mérito, diz que a isenção sobre os produtos auditivos é incontroversa e que já foi reconhecida pela 5ª JJF. Lembra que os aparelhos auditivos estão enquadrados como isentos de ICMS pelo Convênio ICMS 126/10 realizado pelo Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ em Belo Horizonte/MG em 24 de setembro de 2010, reproduzindo a Cláusula primeira, incisos VII e VIII. Alude que, no mesmo sentido, estava posto o artigo 24 do então vigente RICMS/BA-97.

Diz ser evidente que a receita advinda dos produtos vendidos pelo recorrente, objeto da autuação, não são tributáveis, já que isentos de ICMS. Assim, sustenta que mesmo sendo optante pelo SIMPLES, persiste a isenção, conforme dispõe a Lei Complementar nº 123/2006, no artigo 18, § 20, que prevê a hipótese do Estado conceder a isenção de ICMS devido por microempresa ou empresa de pequeno porte.

Assevera que todo cálculo da tributação é realizado através do site da receita federal, e que há a opção de se declarar o valor da receita bruta isenta do ICMS. Afiança que “se o nosso entendimento não fosse correto não haveria essa opção no site para cálculo de receita bruta isenta, nem os Estados nem a Federação deixaria um campo para diminuir sua Receita e Tributação sem que fosse amparado por lei”.

Coloca que todo procedimento realizado foi legal e lícito, demonstrando que o “*Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições contempla sim a isenção do valor bruto de ICMS, e ainda com campo específico para cálculo do mesmo*”.

Assegura que o seu produto (aparelho para facilitar a audição dos surdos 9021.40.00) é isento e essa isenção “*se enquadra para qualquer tipo de recolhimento principalmente o simples nacional, que é uma tributação para simplificar e ajudar as microempresas*”.

Com bases nessas premissas, diz que mesmo que a 5ª Junta de Julgamento Fiscal estivesse correta, para que se “*acrescente a receita bruta os valores apurados pelo Auto de Infração (diferença de haveres, mais multa e correção monetária) ainda assim haveria a nulidade do A.I. pela falta de apuração e subtração no resultado final dos valores relativos as mercadorias isentas do ICMS, havendo aí uma tributação indevida de valores que são isentos de ICMS o que é vedado pelo nosso ordenamento jurídico*”.

Ao final de seu arrazoado, pede que a) o Auto de Infração seja julgado ilegal por considerar como tributáveis receitas que na verdade são isentas de ICMS, portanto não tributáveis; b) a nulidade do Auto de Infração pela falta do enquadramento legal; c) a nulidade por devido a falta de subtração pelo agente fiscal dos “*valores isentos de ICMS ao final do cálculo gerando tributação indevida de valores isentos, motivo pelo qual leva nulidade do A.I.*”

Não houve manifestação da PGE/PROFIS.

VOTO

Temos sob apreciação Recurso Voluntário em relação à Decisão da 5ª JJF que julgou Procedente o Auto de Infração em Epígrafe.

O Recorrente alega, em síntese, que há nulidade do Auto de Infração por falta de fundamentação legal e que o presente lançamento não é devido por se tratar de cobrança de ICMS sobre mercadorias isentas.

Em que pesem as alegações recursais, entendo que não merece reparo a Decisão de piso.

Primeiramente, quanto a arguição de nulidade do Auto de Infração por falta de fundamentação, afasto a questão suscitada por entender que está claramente disposto na LC, no seu art. 18, que a base de cálculo do ICMS-SIMPLES NACIONAL é a receita bruta acumulada nos 12 (doze) meses anteriores ao do período de apuração, devendo ser considerado, destacadamente, para fim de pagamento, todas as receitas previstas nos incisos do então vigente §4º, abaixo transscrito, *in verbis*:

"Art. 18. O valor devido mensalmente pela microempresa e empresa de pequeno porte comercial, optante pelo Simples Nacional, será determinado mediante aplicação da tabela do Anexo I desta Lei Complementar.

§ 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.

§ 2º Em caso de início de atividade, os valores de receita bruta acumulada constantes das tabelas dos Anexos I a V desta Lei Complementar devem ser proporcionais ao número de meses de atividade no período.

§ 3º Sobre a receita bruta auferida no mês incidirá a alíquota determinada na forma do caput e dos §§ 1º e 2º deste artigo, podendo tal incidência se dar, à opção do contribuinte, na forma regulamentada pelo Comitê Gestor, sobre a receita recebida no mês, sendo essa opção irretratável para todo o ano-calendário.

§ 4º O contribuinte deverá considerar, destacadamente, para fim de pagamento:

I - as receitas decorrentes da revenda de mercadorias;

II - as receitas decorrentes da venda de mercadorias industrializadas pelo contribuinte;

III - as receitas decorrentes da prestação de serviços, bem como a de locação de bens móveis;

IV - as receitas decorrentes da venda de mercadorias sujeitas a substituição tributária e tributação concentrada em uma única etapa (monofásica), bem como, em relação ao ICMS, antecipação tributária com encerramento de tributação;

V - as receitas decorrentes da exportação de mercadorias para o exterior, inclusive as vendas realizadas por meio de comercial exportadora ou da sociedade de propósito específico prevista no art. 56 desta Lei Complementar."

Salta aos olhos, pois, que não se confundi o regime normal de apuração, com o regime de apuração através do simples nacional, que possui um regramento próprio, estabelecido pela LC 123/06 acima citada, bem como as disposições do Comitê Gestor do Simples Nacional e das entidades envolvidas (Estados e Municípios).

Desta forma, as isenções estabelecidas no artigo 24 do então vigente RICMS/BA-97, bem como aquela prevista na cláusula primeira do Convênio 126/10 são válidas somente quando adotado o regime normal de apuração. Portanto, como a base de cálculo prevista no art. 18 da LC 123/06 é a receita bruta aferida pelo estabelecimento, não estão excetuadas as receitas provenientes das mercadorias isentas do ICMS no regime de apuração normal do imposto.

Pinça-se, por conveniente, o contido na Decisão fustigada:

Assim, para efeito de tributação pelo regime diferenciado do Simples Nacional, não há falar que se em vendas de mercadorias sem tributação ou isentas, uma vez que o objeto de tributação é a receita bruta auferida por vendas, não importando se a mercadoria é ou não tributável pelo ICMS no regime normal de tributação.

Em essência, é exatamente por essa razão que, dependendo da atividade e dos produtos comercializados, a adoção deste regime simplificado não beneficia o Contribuinte.

Aliás, por ser facultativa a adesão ao Simples Nacional, a sua opção deve ser procedida de uma análise criteriosa, já que, sendo a preponderância de suas operações isentas, o Regime Normal de Apuração pode ser muito mais benéfico para a empresa, como parece ser o caso dos autos, no que tange ao ICMS.

Pelo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter inalterada a Decisão de piso, que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração em epígrafe.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 213687.0001/14-9, lavrado contra E. A. DE LIMA APARELHOS AUDITIVOS (CENTRO DE APOIO A AUDIÇÃO) ME, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$51.349,40, acrescido da multa de 75%, prevista nos arts. 35, da Lei Complementar nº 123/06 e 44, I, da Lei Federal nº 9.430/96, com redação dada pela Lei nº 11.488/2007, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de novembro de 2014.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATOR

MARIA HELENA DE MENDONÇA CRUZ – REPR. DA PGE/PROFIS