

A. I. Nº - 213687.0001/14-9
AUTUADO - E.A. DE LIMA APARELHOS AUDITIVOS ME
AUTUANTE - JOÃO LUIS GOMES DA SILVA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 01.10.2014

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0177-05/14

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. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 25/02/2014, reclama ICMS no valor de R\$51.349,40, imputando ao autuado as seguintes infrações: *"Deixou de recolher ICMS em razão de considerar receita tributável como não tributável (imunidade, isenção ou valor fixo)"* - Multa de 75%.

O autuado apresenta defesa, às fls. 73 a 77, inicialmente, descreve fato narrado pelo agente fiscal: *"Em data, hora e local acima indicados, encerramos a fiscalização da empresa supracitada, em cumprimento a O.S. acima discriminada, tendo sido apurada(s) as seguinte (s) irregularidade(s): A fiscalização da empresa no âmbito dos tributos foi referente as operações com TEF, tendo sido encontrada a seguinte irregularidade: A empresa não recolheu valores referentes a parte do ICMS do Sistema Nacional em razão de ter considerado receita tributável como não Tributável, conforme informado nos PGDAS dos exercícios 2012 e 2013 e demonstrados através do AUDIG, na coluna P do anexo 3 e nos anexos 1, 2, e 3 de cada exercício."*, entendendo a fiscalização que a receita do autuado oriunda dos produtos (aparelhos para facilitar a audição dos surdos) não seriam isentos de ICMS.

Argui o autuado que a isenção é um privilégio ou prerrogativa que exime ou desobriga alguém de alguma coisa: obter isenção de impostos, afirmando que as vendas de aparelhos auditivos são destinados aos surdos/deficientes auditivos.

Pontua que o aparelho auditivo é um equipamento eletrônico, movido a bateria, que amplifica o som, alto o suficiente para que seja ouvido confortavelmente por um indivíduo com impedimento auditivo (surdo/deficiente auditivo) código da NCM 9021.40.00. Trata-se de aparelho para facilitar a audição dos surdos/deficientes auditivos código da NCM 9021.40.00. Portanto 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, senão vejamos:

"Cláusula primeira Ficam isentas do ICMS as operações com as mercadorias a seguir indicadas com respectivas classificações da Nomenclatura Comum do Mercosul - NCM:

(...)

VII - aparelhos para facilitar a audição dos surdos, exceto as partes e acessórios, 9021.40.00;

VIII - partes e acessórios de aparelhos para facilitar a audição dos surdos, 9021.90.92.

(...)".

Cita no mesmo sentido o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia 1997:

“Art. 24. São isentas do ICMS as operações com bens para uso ou atendimento de deficientes físicos:

I - as saídas dos produtos indicados no Conv. ICMS 126/10;

(...)”.

Assinala que está evidente é receita advinda dos produtos vendidos pela Defendente/Recorrente e objeto da autuação não são tributáveis, já que isentos de ICMS conforme demonstrado. Reproduz o dispositivo optante pelo SIMPLES, persiste a isenção, conforme dispõe a Lei Complementar nº 123/2006 que no artigo 18, § 20, que prevê a hipótese do Estado conceder a isenção de ICMS devido por microempresa ou empresa de pequeno porte:

“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.

(...)

§ 20. Na hipótese em que o Estado, o Município ou o Distrito Federal concedam isenção ou redução do ICMS ou do ISS devido por microempresa ou empresa de pequeno porte, ou ainda determine recolhimento de valor fixo para esses tributos, na forma do § 18 deste artigo, será realizada redução proporcional ou ajuste do valor a ser recolhido, na forma definida em 'resolução do Comitê Gestor”.

Afirma restar claro como o sol que trata-se de receitas isentas de ICMS (não tributáveis) motivo pelo qual o combatido auto de infração contraria a estrita legalidade, portanto, nulo de pleno direito.

Em conclusão explica que ocorreu confusão do agente fiscal em considerar como tributáveis receitas que na verdade são isentas de ICMS, portanto não tributáveis. O combatido Auto de Infração ofende o disposto no artigo 24, I, do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia 1997 (Decreto n. 6.284/97), o disposto na Clausula Primeira, VII e VIII do Convênio ICMS 126/10 e artigo 18, § 20 da Lei Complementar n. 123/06.

Reafirma que não houve qualquer infração cometida, pois não se aplica a suposta fundamentação legal do Auto de Infração pelo artigo 18, *caput*, da Lei Complementar nº 123/06, até porque o § 20, do mesmo artigo aplica-se ao Recorrente quanto à isenção de ICMS.

Requer a anulação do Auto de Infração. Pontua, ainda, que pretende provar o alegado por todos os meios de prova admitidos em direito, sem exceção de nenhuma, sobretudo pelo disposto no texto legal do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia 1997, artigo 24, I, pelo texto do Convênio ICMS 126/10 e o que dispõe o § 20, do artigo 18 da Lei Complementar n 123/06.

Na informação fiscal, fls. 581 a 583, logo, o autuante cita o art. 18, § 4º da Lei Complementar nº 123/2006 que reza:

“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.”*

Pontua que na hipótese em que o Estado, o Município ou o Distrito Federal concedam isenção ou redução do ICMS ou do ISS devido por microempresa ou empresa de pequeno porte, ou ainda determine recolhimento de valor fixo para esses tributos, na forma do § 18 deste artigo, será realizada redução proporcional ou ajuste do valor a ser recolhido, na forma definida em resolução do Comitê Gestor. Transcreve a Resolução 94/2011 - Da Isenção, Redução ou Valor

Fixo do ICMS ou ISS e dos Benefícios e Incentivos Fiscais - Art. 31, incisos I e II, juntamente reproduz, também, o RICMS/BA - Arts. 383 e 384.

Portanto, afirma que as razões do autuado estão equivocadas, haja vista que a isenção concedida aos produtos ortopédicos não está contemplada pelo Regulamento de ICMS no tocante ao simples nacional. A única isenção estabelecida pelo estado para o simples nacional se refere à empresa com faturamento de até 180.000,00 nos doze meses anteriores ao período de apuração.

Salienta que 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.

Para efeito de apuração, diz que as receitas as quais não são destacadas separadamente são consideradas no cálculo da tributação do ICMS Simples Nacional. A isenção para produtos ortopédicos se refere à antecipação parcial e não ao ICMS simples nacional. O recolhimento da antecipação parcial do ICMS, disciplinada no art. 12-A da Lei nº 7.014/86, deve ser feito por fora do regime unificado do Simples Nacional e, portanto, a isenção não alcança o referido benefício do simples nacional.

Por fim, requer a Procedência do Auto de Infração.

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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **213687.0001/14-9**, lavrado contra **E.A. DE LIMA APARELHOS AUDITIVOS ME**, devendo ser intimado o autuado 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, 09 de Setembro de 2014

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE/RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - JULGADOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO - JULGADOR