

PROCESSO - A. I. Nº 232417.3005/16-8
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - OKEY MED - DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS HOSPITALARES E ODONTOLÓGICOS LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0141-04/17
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 13/04/2018

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0045-12/18

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. RECOLHIMENTO A MENOS. Declarada nula as infrações tendo em vista que no levantamento fiscal foi aplicada metodologia em desacordo com a Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006, gerando insegurança na determinação da infração e dos valores eventualmente devidos, além da ocorrência de cerceamento ao direito de defesa do contribuinte. Mantida decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra a decisão que julgou Nulo o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 10/06/2016, para exigir ICMS no valor histórico de R\$60.497,67, em decorrência do cometimento de uma única infração, abaixo descrita:

Infração 01 – 17.01.01 – Deixou de recolher o ICMS referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições, devido pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, nos meses de janeiro, abril, maio, junho, julho, agosto, novembro e dezembro de 2012, março, abril, maio e agosto de 2013 e de fevereiro à dezembro de 2014. Multa de 75%.

O autuado, às fls. 124/128, apresentou sua defesa administrativa, alegando que o autuante utilizou de método de arbitragem para apuração do ICMS no Simples nacional, bem como ressaltando que no exercício de 2014 a empresa ultrapassou o limite de enquadramento para uma EPP, e que, portanto, não poderia ser cobrado imposto com base na regra do Regime Simplificado.

Por sua vez, o autuante prestou a informação fiscal (fls. 132 e 133), explicando que diante da série de irregularidades cometidas pela autuada, utilizou-se do cálculo do índice da proporcionalidade, tomando por base os valores de aquisição das mercadorias, fazendo uma média anual para cobrar o ICMS devido. Todavia, informou que em setembro/14 a autuada de fato ultrapassou o limite estabelecido para uma EPP, portanto reconhecendo a cobrança indevida dos meses de outubro a dezembro de 2014.

Em seguida, a 4ª JJF decidiu converter o processo em diligência à Inspetoria de Origem (fl. 135), explicando que a proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 57/06 diz respeito exclusivamente às presunções de omissão de receitas e que no caso presente trata-se de operações acobertadas com documentos fiscais. Por esta razão, pediu com base nos documentos fiscais emitidos, que fosse elaborado demonstrativos separando as mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária e as normalmente tributadas.

Assim foi feito, a diligência foi cumprida pelo autuante (fls. 138 e 139), tendo o mesmo cumprindo com o determinado pela 4ª JJF, apresentando os novos demonstrativos reduzindo o lançamento para R\$25.169,96, conforme se pode observar nas fls. 140/143.

Instado a se manifestar, o sujeito passivo se manteve silente.

Nessa esteira, a instrução foi concluída, tendo sido o Auto de Infração julgado Nulo, com decisão abaixo transcrita:

VOTO

No Auto de Infração em epígrafe, o autuado foi acusado de, na condição de inscrito no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições – Simples Nacional, Em complemento a acusação foi informado que " a empresa omitiu receitas de operações tributadas pelo ICMS, fato evidenciado ao se confrontar o valor das operações discriminadas nas notas fiscais emitidas, com o valor do faturamento declarado na DANS-DEFIS e no PGDAs."

O defendente suscitou a nulidade da ação fiscal, sob o fundamento de que não foram obedecidas as normas estabelecidas na legislação vigente, na auditoria realizada, pois a base de cálculo foi arbitrada, utilizando um percentual correspondente às entradas tributadas Reclama que não foram observadas as regras estabelecidas na Lei Complementar 123/06, optando o autuante por usar método próprio e presumir valores, em violação ao art. 100 do CTN e art. 25, § 8º, da Resolução CGSN Nº 94 de 2011.

Da análise das cópias do Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional – PGDAS do autuado verifiko que os valores das Receitas Brutas Auferidas foram informadas como sendo oriundas de mercadorias sujeitas à substituição tributária ou "Isentas", portanto, não as tributou. Por outro lado, verifiko que de acordo com o demonstrativo de fl. 8 a 9 e esclarecimentos prestados pelo autuante na Informação Fiscal, para a apuração do imposto devido foi inicialmente calculado um índice de proporcionalidade anual das entradas de mercadorias tributadas normalmente. Após, este índice foi aplicado sobre o total das saídas com documento fiscal para se encontrar a base de cálculo do imposto ora exigido.

Considerando que a proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 57/06 diz respeito exclusivamente às presunções de omissão de receitas e no caso presente trata-se de operações acobertadas com documentos fiscais, o processo foi convertido em diligência para que a autuante, com base nos documentos fiscais emitidos elaborasse demonstrativo separando as mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária e as normalmente tributadas. Após, fosse calculado o imposto sobre os totais mensais das operações tributadas normalmente.

A autuante ao cumprir a diligência confeccionou o demonstrativo de fls. 140 a 141, porém, não atendeu o quanto solicitado pois apesar de informar a Receita Bruta Declarada no PGDAS e as Receitas apuradas pela Fiscalização, através de notas fiscais, de mercadorias normais e sujeitas a substituição tributária, ao apurar base de cálculo aplicou um percentual, denominado "Índice de Receita Tributada Apurada".

Este procedimento não pode ser acatado pois se prevalecesse estaria se exigindo imposto sobre o valor excedente da Receita informada pelo contribuinte no PGDAS e como esclarecido anteriormente estas não foram tributadas, pois foram declaradas como isentas ou sujeitas à substituição tributária.

Também não pode ser aplicada a proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 57/06, pois no caso presente trata-se de operações acobertadas com documentos fiscais, portanto, deve ser aplicado o percentual previsto nos Anexos I a V, do art. 18 da Lei Complementar nº 123, de 2006, em razão da empresa ser optante pelo Simples Nacional, sem qualquer redução.

Neste caso, por exemplo, no mês de janeiro de 2012, onde o total da receita de mercadorias tributadas normalmente, inserida nos documentos fiscais, totalizou R\$74.518,29 e o previsto no Anexo anteriormente citado resultou em 3,41%, conforme demonstrado na planilha de fl. 140, o imposto a ser exigido seria R\$2.541,07, bem superior ao inserido no Auto de Infração e após a diligência efetuada pela autuante nos montantes de R\$1.365,11 e R\$1.304,11, respectivamente.

Esta situação certamente se repetiu nos demais meses, pois da forma como foi feito o lançamento, constato que a autuante apenas tributou o valor que excedeu à receita Bruta declarada no PGDAS, que comprovadamente não sofreu tributação, como anteriormente esclarecido.

Além disso, aplicou um percentual, somente previsto nos casos de presunção de omissão saídas de mercadorias tributáveis e no caso presente, comprovadamente se trata de saídas acobertadas com documentos fiscais, que não foram oferecidos à tributação pelo sujeito passivo.

Estes equívocos importam na insegurança do débito e cerceamento do direito de defesa, caracterizando nulidade insanável, nos precisos termos do art. 18, IV, "a", do RPAF/BA.

Nos termos do art. 21 do RPAF/99, recomendo a autoridade competente que analise a possibilidade de determinar a renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas, observando ainda o disposto no art. 13, inciso XIII, alínea "a", da Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006, já que se trata de empresa optante pelo Simples Nacional.

Ante ao exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

Como a exoneração do crédito tributário atualizado mais multa foi superior a R\$100.000,00 (cem mil reais), a 4ª JJF interpôs Recurso de Ofício com supedâneo no art. 169, I, do RPAF/99.

VOTO

A Decisão recorrida e demonstrada através do Acórdão JJF nº 0141-04/17, julgou Nulo o Auto de Infração em epígrafe e, em consequência, a 4ª JJF interpôs Recurso de Ofício para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

Examinando as peças que integram os autos entendo que a Decisão final está perfeita quanto ao seu resultado final, todavia, trato de esclarecer algumas questões.

Inicialmente, constatei que o sujeito passivo declarou toda sua receita como sujeita à substituição tributária do ICMS. Por esta razão, no valor pago mensalmente através do Documento de Arrecadação do Simples Nacional - DAS, foram computados os tributos federais, porém nada à título de ICMS.

Essa ocorrência já seria um motivo para que o autuante levantasse débitos supostamente não recolhidos, isso se provasse que entre àquelas vendas havia parte que deveria ter sido tributada normalmente. Porém além desse fato, em seus demonstrativos o autuante também apontou que havia omissão de receita por parte do contribuinte, constatação esta auferida após análise dos documentos fiscais emitidos pelo mesmo, confrontando-os com os valores declarados pelo contribuinte mês a mês em suas declarações.

Ocorre que paralelo a isto, também com base nos documentos fiscais, o autuante fez uma proporcionalidade, fazendo uma média anual por exercício, separando a receita declarada pelo contribuinte em receita substituídas/imunes x receitas tributadas. Faço uma pausa para explicar que em nenhum demonstrativo ou planilha restou constatado que este índice foi encontrado pelos valores das entradas, conforme explicou a Relatora de piso em seu voto.

Prosseguindo no voto, detectei que o autuante aplicou sobre a receita supostamente omitida, a proporcionalidade encontrada conforme o cálculo explicado acima, e sobre esse valor aplicou a alíquota do ICMS de acordo com a faixa de tributação no Simples Nacional para encontrar o ICMS a pagar, este lançado no presente auto de infração.

Ocorre que, assim como reforçou o voto de base, essa proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/07 só poderia ser aplicada em caso de presunções de omissão de receita, sendo que no caso em questão, o autuante lavrou o auto de infração com base nas operações acobertadas por documentos fiscais.

A 4ª JJF ainda enviou o presente processo em diligência, para que fossem segregadas as receitas tributadas das receitas com substituição tributária, isso de forma desnecessária, pois o autuante já havia feito essa separação, conforme podemos extrair do demonstrativo 3A elaborado pelo autuante e gravado em CD Rom, este apresentado em anexo com o auto de infração.

O autuante, a fim de atender o disposto em diligência ainda alterou a forma de proporcionalidade, desta vez aplicando a razão da receita da tributação normal mensal sobre a receita bruta mensal levantada na fiscalização, inclusive considerando a receita omitida, o que acabou reduzindo o valor inicialmente lançado.

De uma forma ou de outra, no auto de infração há equívocos que trazem insegurança do valor lançando. No voto de piso há um exemplo de como deveria ser feito o lançamento. Se o autuante conhecia o montante das operações tributáveis, bastava aplicar sobre esse a alíquota do ICMS de acordo com a faixa a qual o sujeito passivo estivesse enquadrado, o que inclusive resultaria em um débito maior do que àquele lançado.

Abaixo replico a parte exemplificada pelo autuante, que faz prova desse relato:

“Neste caso, por exemplo, no mês de janeiro de 2012, onde o total da receita de mercadorias tributadas normalmente, inserida nos documentos fiscais, totalizou R\$74.518,29 e o previsto no Anexo anteriormente citado resultou em 3,41%, conforme demonstrado na planilha de fl. 140, o imposto a ser exigido seria R\$2.541,07, bem superior ao inserido no Auto de Infração e após a diligência efetuada pela autuante nos montantes de R\$1.365,11 e R\$1.304,11, respectivamente.”

A insegurança no ato caracteriza nulidade, de acordo com o previsto no art. 18, IV, “a” do RPAF/BA, e desta forma, por concordar e me alinhar com o resultado sob análise, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

Nos termos do art. 21 do RPAF/99, recomendo a autoridade competente que analise a possibilidade de determinar a renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas, todavia, com a ressalva de que nos meses de setembro, outubro, novembro e dezembro de 2014 a empresa já havia ultrapassado o limite estabelecido no Inciso II, do Art. 3º da Lei Complementar nº 123/06, que a exclui do Regime Simplificado, desta forma no referido período não caberá mais o mesmo lançamento registrado neste PAF.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e homologar a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº **232417.3005/16-8**, lavrado contra **OKEY MED - DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS HOSPITALARES E ODONTOLÓGICOS LTDA**. Recomenda-se a autoridade competente que analise a possibilidade de determinar a renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de fevereiro de 2018.

MAURICIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

TIAGO DE MOURA SIMÕES – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS