

A.I. Nº - 110419.0023/18-4
AUTUADO - CENTRO DE REABILITAÇÃO E PROTETIZAÇÃO ALTA FORMA LTDA.
(ORTOPEDIA TÉCNICA ALTA FORMA)
AUTUANTE - JOSELINA PINHEIRO CABRAL DOS SANTOS
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 15/05/2019

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJFD Nº 0047-04/19

EMENTA: ICMS. 1. SIMPLES NACIONAL. a) RECOLHIMENTO A MENOR ERRO NA INFORMAÇÃO DA RECEITA E UTILIZAÇÃO DE ALÍQUOTA A MENOR. **Infração não elidida. b)** FALTA DE RECOLHIMENTO. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS PELA ADMINISTRADORA DOS CARTÕES RESULTANDO EM DIFERENÇA NÃO COMPROVADA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. **c)** VALOR DA RECEITA INFORMADA NA DASN INFERIOR AO ENCONTRADO NOS DOCUMENTOS EMITIDOS. Valor das saídas com isenção compõe a base de cálculo na apuração do ICMS devido por optantes do Simples Nacional. **Infração comprovada. d)** SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTADAS NORMALMENTE INFORMADAS NA DASN COMO SUJEITA À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **Infração comprovada. Não acolhida a nulidade suscitada. Auto de Infração PROCEDENTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, foi lavrado em 22/11/2018, e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$159.103,92, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS:

Infração 01 - 17.02.01 - Efetuou recolhimento a menos do ICMS referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devido pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte no período de agosto a dezembro de 2015, no valor de R\$24.839,31 acrescido da multa de 75%.

Na descrição dos fatos consta a seguinte informação: *“A empresa não recolheu valores referentes a parte do ICMS do Simples Nacional devido a erro na informação da receita e /ou alíquota aplicada a menor”*

Infração 02- 17.03.16- Omissão de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento efetuado com cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado por Instituição Financeira e Administradora de Cartões - sem dolo - no valor de R\$4.396,71, com multa aplicada de 75%.

Infração 03 – 17.04.01 – Deixou de recolher o ICMS em razão de considerar receitas de vendas de mercadorias não sujeitas à substituição tributária por antecipação como se o ICMS já tivesse sido substituído ou antecipado, nos meses de setembro, novembro e dezembro de 2015, no valor de R\$ 2.348,13, acrescido da multa de 75%.

Infração 04 - 17.05.01 - Deixou de recolher o ICMS em razão de considerar receita tributável como não tributável (imunidade, isenção ou valor fixo), nos meses de janeiro de 2013 a julho de 2015, no valor de R\$124.519,77.

O autuado através de seu patrono apresentou defesa às fls. 80 a 85, inicialmente falando sobre a tempestividade da apresentação da mesma. Após, suscita a nulidade do Auto de Infração, asseverando que embora tenha sido efetuada a descrição fática das condutas sobre as quais versa o lançamento, a autoridade lançadora não efetuou a capitulação legal específica destas condutas, indicando disposições relacionadas a situações diversas e impedindo, assim, o exercício do direito à ampla defesa, previsto através do artigo 123 do COTEB.

Afirma-se isto com base no fato de que, através do artigo 129, §1, inciso “V”, do COTEB, exige-se que o AI deva conter “a indicação dos dispositivos da legislação tributária infringidos, além do dispositivo regulamentar ou legal referente à multa aplicada”, entretanto, a autoridade lançadora deixou de fazê-lo, limitando-se a indicar:

1. na suposta “Infração 01”, o artigo 21, inciso “I”, da LCP 123/2006, que disciplina que os tributos devidos no contexto do SIMPLES devem ser recolhidos “por meio de documento único de arrecadação, instituído pelo Comitê Gestor”, em nada se referindo ao pretenso erro na apuração das alíquotas indicado na descrição fática;
2. no que se refere à suposta “Infração 03”, o artigo 18, §4º, da LCP 123/2006, que disciplina que as receitas de “venda de mercadorias industrializadas pelo contribuinte” serão destacadamente consideradas, em nada se referindo à pretensa falta de recolhimento de antecipação parcial indicada na exposição fática;
3. no que se refere à suposta “Infração 04”, o caput artigo 18 da LCP 123/2006, que disciplina o regime geral das alíquotas no contexto do SIMPLES, em nada se referindo à pretensa consideração indevida de isenção indicada na exposição fática. Com efeito, não há, no instrumento do AI ou nos documentos que o acompanham, qualquer indicação de dispositivos legais especificamente relacionados às condutas descritas na exposição fática, motivo pelo qual deve-se reconhecer a nulidade do AI ou, sendo o caso, ser aplicado o artigo 129, §4º, do COTEB, corrigindo-se o e reabrindo-se o prazo de defesa.

Prossegue afirmando que sendo ultrapassada a preliminar de nulidade, o que se admite a título argumentativo e com base nos princípios da eventualidade e da concentração da defesa, o AI carece de procedência, pois desconsidera que, nos termos do Convênio 126/2010, do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), as mercadorias vendidas pela impugnante são isentas do ICMS, conforme determinado no artigo 1º do referido convênio.

Assim, diante da isenção das operações com as mercadorias comercializadas pela impugnante, o pretenso crédito tributário foi excluído, motivo pelo qual a conduta que se pretende tributar, conquanto tenha ocorrido, não possui as notas distintivas previstas pela Lei e necessárias à caracterização da incidência.

Requer que seja reconhecida a improcedência do AI, no que se refere a todas as infrações descritas na exposição fática, e sem prejuízo da argumentação tecida nos tópicos anteriores pondera, ainda com base nos princípios da eventualidade e da concentração da defesa, que, na medida em que, dado o cumprimento integral das obrigações acessórias, restou evidente a inexistência de dolo, fraude ou simulação, valendo ressaltar que a ocorrência de tais condutas, noutro giro, não se presume. Diante disso, com arrimo no princípio da boa-fé e no artigo 42, §7º, da LICMS, pede o cancelamento, ou, subsidiariamente, a redução das penalidades ora impugnadas.

Finaliza pedindo o acolhimento da preliminar, para que seja declarado nulo o AI, no que se refere à “Infração 01”, à “Infração 03” e à “Infração 04”, ou, alternativamente, determinado o saneamento das omissões relativas à indicação dos dispositivos legais, devolvendo-se o prazo para defesa.

Ultrapassada a preliminar, formula os seguintes pedidos:

1. reconhecimento da improcedência do AI, declarando-se a extinção da integralidade do crédito tributário correspondente;

2. subsidiariamente, acolher o pedido de cancelamento ou de redução das penalidades aplicadas.

Ainda, em cumprimento ao artigo 8, inciso “IV”, do RPAF, protesta pela produção de prova documental, consubstanciada nos anexos desta impugnação, assim como pela produção, em contraprova, de prova documental e pericial.

Por fim, requer a juntada dos anexos documentos, da anexa mídia e a devida habilitação dos seus advogados no processo administrativo fiscal.

A Autuante ao prestar a informação fiscal às fls.98/99, após transcrever o teor das infrações e fazer um resumo dos argumentos defensivos passa a prestar os seus esclarecimentos, dizendo que a lavratura do Auto de Infração obedeceu a todos os requisitos previstos na legislação.

Assevera que no campo DESCRIÇÃO DOS FATOS constam os esclarecimentos necessários sobre as infrações cometidas, o período fiscalizado, a indicação dos demonstrativos elaborados, e o banco de dados que serviu de base para o levantamento fiscal, tudo conforme o Sistema de Lançamento de Crédito Tributário adotado pela SEFAZ (SLCT), o qual preenche os campos descritivos de cada infração, seu enquadramento, e a tipificação de multa aplicada, de forma padronizada e não editável.

Após, se reporta a arguição de nulidade suscitada pelo defendente asseverando ser de caráter protelatório, visto que o mesmo reconhece (fl. 82) que “*embora tenha efetuado a descrição fática das condutas sobre as quais versa o lançamento*”, a autoridade lançadora não efetuou a capitulação legal específica para a infração cometida. Conclui que o procedimento fiscal obedeceu a todos os preceitos legais.

Rejeita a alegação de que a empresa comercializa produtos isentos, o que não foi considerado pela fiscalização, pois “*o regime do Simples Nacional aufere os tributos que lhe são afetos*” tomando por base a aplicação de alíquotas específica sobre a receita bruta auferida no mês, sendo-lhe diretamente proporcional, ou seja, o regime de tributação do Simples Nacional toma como parâmetro de tributação o faturamento da empresa, não a classificação tributária da mercadoria.

Assim, de acordo com a Lei 123/06, combinada com a Instrução Normativa SAT nº 56 de 21/09/2007, foram excluídos da base de cálculo os valores relativos às operações não tributadas e /ou sujeitas à antecipação ou substituição tributária, tendo sido considerada a devida proporcionalidade, conforme se verifica na coluna E do nexos 1 de cada exercício fiscalizado.

Finaliza solicitando o julgamento do Auto de Infração, em conformidade com os fatos ora relatados.

VOTO

Na defesa apresentada, o autuado suscitou a nulidade do lançamento, sob o argumento de que não foram efetuadas as capitulações legais específicas das infrações supostamente cometidas, indicando disposições relacionadas a situações diversas, cerceando o seu direito de defesa.

Embora o sistema informatizado desta Secretaria de Fazenda, para lavratura do Auto de Infração (SEAI), informe de forma genérica a descrição dos fatos da infração, os levantamentos elaborados pelo Fisco são partes integrantes do Auto de Infração, conforme as determinações contidas no Art. 41 do RPAF/BA, a seguir transcrito.

Art. 41. O Auto de Infração far-se-á acompanhar:

I - de cópias dos termos lavrados na ação fiscal, nos quais se fundamentará, obrigatoriamente;

II - dos demonstrativos e dos levantamentos elaborados pelo fiscal autuante, se houver, e das provas necessárias à demonstração do fato arguido.

Art. 46. Na intimação do sujeito passivo acerca da lavratura do Auto de Infração, ser-lhe-ão fornecidas cópias de todos os termos, demonstrativos e levantamentos elaborados pelo fiscal autuante que não lhe tenham sido entregues no encerramento da ação fiscal e que sejam indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do Auto, inclusive dos elementos de prova obtidos pelo fisco junto a terceiros de que porventura o contribuinte não disponha.

No caso presente, os mesmos foram anexados na mídia de fl. 73, e disponibilizados ao contribuinte conforme atesta o recibo de arquivos magnéticos, fl. 74, assinado pelo preposto da empresa, que, clara e expressamente se defendeu do que lhe estava sendo imputado.

Ademais, não há nos autos quaisquer elementos que indiquem a existência de erro quanto à determinação do infrator, restando suficientes os elementos presentes aos autos para se determinar, com segurança, a infração e o infrator. Assim, não foi constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, não estando presentes no processo qualquer hipótese motivadora de nulidade elencadas nos incisos I a IV, do art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal.

E, por fim, devo relembrar as determinações do RPAF/BA, constantes dos seus § 2º, do art. 18:

§ 2º Não se declarará a nulidade sem prejuízo ou em favor de quem lhe houver dado causa ou se o ato praticado de forma diversa houver atingindo a sua finalidade.

Afastadas as preliminares de nulidade, constato, portanto, que o presente Processo Administrativo Fiscal está revestido das formalidades legais, no que preceitua o RPAF/99, onde não foi constatada violação ao devido processo legal, sendo os impostos, as multas e suas bases de cálculo apurados, consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, em que considero suficientes para formação de minha convicção e dos julgadores na análise da lide, não ensejando qualquer outra produção de prova na forma do que dispõe o art. 147, inciso I, alínea “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99.

No mérito, o autuado foi acusado de, na condição de inscrito no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições – Simples Nacional, ter recolhido a menos o imposto, em decorrência de erro na informação da receita e/ou aplicação de alíquota a menor (infração 01), ter omitido saídas tributadas apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado por instituição financeira e/ou administradora de cartões (infração 02), não ter recolhido o imposto em razão de ter considerado receitas de vendas de mercadorias não sujeitas à substituição tributária por antecipação, como se o ICMS já tivesse sido substituído ou antecipado (infração 03), ou ter considerado receita tributável como não tributável (imunidade, isenção ou valor fixo (infração 04).

Na defesa apresentada, constato que não foram apresentados, objetivamente, quaisquer questionamentos em relação às infrações 01, 02 e 03, razão pela qual as mesmas são subsistentes tendo em vista que os demonstrativos acostados ao processo comprovam a ocorrência de pagamento a menos do imposto e falta de pagamento devido, na condição de empresa optante pelo regime do Simples Nacional.

A alegação defensiva, diz respeito exclusivamente ao argumento de que a fiscalização exigiu o pagamento do imposto sobre mercadorias isentas, alcançando apenas à infração 04, que trata da falta de recolhimento do imposto, em razão da empresa ter declarado receitas numa condição de isenção não contemplada na Lei Complementar nº 123/06.

Não acato o argumento defensivo, pois o Simples Nacional foi instituído pela Lei Complementar nº 123/2006, que estabelece um 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, mediante regime único de arrecadação, inclusive obrigações acessórias.

O Art. 13 da referida Lei, determina que através de um único recolhimento mensal, o contribuinte efetue o pagamento de diversos impostos e contribuições:

I - Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ;

II - Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, observado o disposto no inciso XII do § 1º deste artigo;

III - Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL;

IV - Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, observado o disposto no inciso XII do § 1º deste artigo;

V - Contribuição para o PIS/PASEP, observado o disposto no inciso XII do § 1º deste artigo;

VI - Contribuição Patronal Previdenciária - CPP para a Seguridade Social, a cargo da pessoa jurídica, de que trata o art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, exceto no caso da microempresa e da empresa de pequeno porte que se dedique às atividades de prestação de serviços referidas no § 5º-C do art. 18 desta Lei Complementar;

VII - Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS;

VIII - Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISS.

Por outro lado, o inciso XIII, do § 1º do artigo anteriormente citado, dimensiona especificamente as operações alcançadas pelo ICMS, que estão excluídas do cálculo do Simples Nacional:

§ 1º O recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:

(...)

XIII - ICMS devido:

a) nas operações sujeitas ao regime de substituição tributária, tributação concentrada em uma única etapa (monofásica) e sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto com encerramento de tributação (...)

b) por terceiro, a que o contribuinte se ache obrigado, por força da legislação estadual ou distrital vigente;

c) na entrada, no território do Estado ou do Distrito Federal, de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, bem como energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou industrialização;

d) por ocasião do desembaraço aduaneiro;

e) na aquisição ou manutenção em estoque de mercadoria desacobertada de documento fiscal;

f) na operação ou prestação desacobertada de documento fiscal;

g) nas operações com bens ou mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, nas aquisições em outros Estados e Distrito Federal:

1. com encerramento da tributação, observado o disposto no inciso IV do § 4º do art. 18 desta Lei Complementar;

2. sem encerramento da tributação, hipótese em que será cobrada a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sendo vedada a agregação de qualquer valor;

h) nas aquisições em outros Estados e no Distrito Federal de bens ou mercadorias, não sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, relativo à diferença entre a alíquota interna e a interestadual;

Já o art. 320 do RICMS/BA, assim determina:

“Art. 320. As microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional não farão jus à apropriação nem transferirão créditos fiscais relativos ao ICMS, bem como não poderão utilizar qualquer valor a título de incentivo fiscal.”

Da leitura dos mencionados dispositivos legais, constato que o cálculo do imposto devido pelas empresas optantes pelo Simples Nacional, deve ser efetuado sobre a receita bruta auferida no mês, sendo excluídas, em relação ao ICMS, as operações elencadas no inciso XIII, do § 1º, do art. 13 da Lei Complementar nº 123, acima transcrito, não incluindo, portanto, as operações alcançadas pelo benefício da isenção, como questionado pelo sujeito passivo.

Ressalto que o ingresso ao Simples Nacional é uma prerrogativa do contribuinte. Compete a ele avaliar se é vantajoso ou não essa opção, em comparação com a adoção do regime normal de apuração do imposto, que utiliza o regime de conta - corrente fiscal. Neste caso, às operações isentas não são oferecidas à tributação, o que não é o caso ora analisado já que o contribuinte é optante pelo Simples Nacional.

Dessa forma, entendo correto o procedimento do autuante em calcular o imposto, considerando às operações beneficiadas com a isenção, na infração 04.

Quanto ao pedido de cancelamento ou redução da multa imposta, deixo de acatá-lo, visto que esta instância de julgamento não possui competência para decidir sobre pedido de redução ou cancelamento de penalidade por descumprimento de obrigação principal, de acordo com os artigos 158/159 do RPAF/BA.

Voto, portanto, pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **110419.0023/18-4**, lavrado contra **CENTRO DE REABILITAÇÃO E PROTETIZAÇÃO ALTA FORMA LTDA. (ORTOPEDIA TÉCNICA ALTA FORMA)**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$159.103,92**, acrescido da multa de 75%, prevista nos artigos 34 e 35 da Lei Complementar nº 123/06, art. 44, I da Lei Federal nº 9.430/96, de 27/12/96, Lei nº 11.488, de 15/06/07, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de abril de 2019.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - RELATORA

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR