

A. I. Nº - 222829.0010/18-0
AUTUADO - CM MATEC TECNOLOGIA E INFORMAÇÃO EIRELI
AUTUANTE - ADELIA HELENA RIBEIRO ESTEVES
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 06/09/2019

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0181-03/19

EMENTA: ICMS. 1. SIMPLES NACIONAL. MICROEMPRESA. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. **b)** OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS CONSIDERADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Infrações comprovadas, de acordo com o levantamento efetuado pela autuante. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 19/06/2018, refere-se à exigência de R\$54.405,46 de ICMS, acrescido da multa de 75%, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01 – 17.03.12: Omissão de receita apurada através de levantamento fiscal, sem dolo, no período de setembro de 2016 a dezembro de 2017. Valor do débito: R\$54.184,92.

Infração 02 – 17.04.01: Falta de recolhimento do 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 maio a dezembro de 2017. Valor do débito: R\$220,54.

O autuado apresentou impugnação às fls. 24 a 26 do PAF. Comenta sobre a tempestividade da defesa, afirmando que o Auto de Infração foi registrado no dia 25/06/2018, data em que teve ciência da autuação fiscal.

Diz que em relação ao levantamento fiscal, pelo que se comprova no “Demonstrativo de Débito do Estabelecimento – Simples Nacional” (cópia anexa) foi identificado o total de débitos tributários de ICMS no valor de R\$ 99.218,57 mais acréscimos moratórios de R\$ 4.008,97 e multa no valor de R\$ 40.804,14, referente ao período apurado. As receitas auferidas no período foram provenientes de prestação de serviço de armazenagem de peças, comprovado através de Notas Fiscais de Serviço- Eletrônicas (NFS-e) emitidas pela empresa (em anexo).

Informa que recebeu e emitiu Notas Fiscais – Eletrônicas (NF-e) no período autuado, referentes ao recebimento e devolução de peças de equipamentos de informática para utilizar em substituição de garantia. A CM MATEC TECNOLOGIA E INFORMAÇÃO EIRELI - ME recebe peças novas para aplicação em substituição às peças avariadas que são devolvidas através de NF-e emitida para os fabricantes das mesmas. Essa operação é referente ao contrato firmado entre a CM MATEC TECNOLOGIA E INFORMAÇÃO EIRELI - ME e a CM DIGITAL COMÉRCIO E SERVIÇO LTDA – ME, inscrita no CNPJ 03.900.159/0001-50, conforme contrato de prestação de serviços e NF-e emitidas pelo estabelecimento autuado (em anexo).

Pelos documentos apresentados, o defendente entende que se pode chegar às seguintes conclusões:

- a) A CM MATEC TECNOLOGIA E INFORMAÇÃO EIRELI-ME não comercializa peças de informática, embora tenha esse CNAE nas atividades econômicas da empresa;
- b) As peças recebidas pela empresa são aplicadas em substituição em garantia e são devolvidas as peças avariadas para as empresas fornecedoras das peças novas.
- c) Não houve comercialização de peças ou equipamentos de informática pela empresa autuada.

- d) Descabe, portanto, o auto de infração, já que não ocorreu a comercialização de mercadorias, sem a ocorrência de qualquer prejuízo à Fazenda Estadual.

O defendente assegura que não existiu fato gerador do imposto. Com a comprovação de que não houve receita de vendas de mercadorias, não houve a existência do fato gerador, tanto do imposto quanto da multa.

Diz que a receita informada da empresa está comprovada através de planilha e NFS-e anexas. A mercadoria recebida foi aplicada na substituição em garantia e as peças avariadas foram devolvidas através de NF-e seguindo os procedimentos estabelecidos no RICMS-BA/2012, Decreto nº 13.780/12, art. 381.

Também alega que o CNAE correspondente à atividade de prestação de serviços pela empresa é o 5211-7/01 – Armazéns gerais – emissão de warrant, que está sendo incluído no CNPJ da empresa, conforme Viabilidade Deferida pela JUCEB (Em anexo). Dessa forma, a empresa é tributada pelo ISS na receita do período, tendo como comprovação do fato gerador, as NFS-es emitidas no período.

Conclui ser incabível o auto de infração apresentado, pelos seguintes motivos:

1. Ocorreu confusão do agente fiscal, ao notificar o autuado, confundindo as operações de saída como atividade de comércio varejista especializado em equipamentos e suprimentos de informática, CNAE 4751-2/01.
2. As receitas foram declaradas corretamente no Simples Nacional, conforme demonstra NFS-es em anexo;
3. As NF-es emitidas referem-se à peças defeituosas devolvidas para o fabricante, sendo isentas de ICMS conforme art. 381 do RICMS-BA.

Finaliza pedindo a completa anulação do presente auto de infração.

A autuante presta informação fiscal às fls. 87 a 89 dos autos, dizendo que a fiscalização realizada foi respaldada dentro das normas tributárias pertinentes, estando acobertada dentro da mais absoluta legalidade, conforme a Constituição Federal, CTN, RICMS-BA, e legislação do Simples Nacional.

Diz que se observa que a defesa não traz aos autos provas capazes de ilidir a exigência fiscal e que sustentem as suas alegações. O autuado não apontou de forma concreta, específica e objetiva quaisquer erros, falhas e/ou inconsistências em valores ou cálculos do levantamento fiscal, que resultou na apuração do ICMS exigido no Auto de Infração.

Informa que o autuado vinha emitindo notas fiscais em suas vendas e não estava fazendo declaração no Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional. No exercício de 2016, as vendas do autuado foram de R\$432.312,96, enquanto as declarações do Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional eram zeradas (fl. 10). Em 2017 as vendas do autuado foram de R\$1.850.613,35, enquanto as declarações no Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional eram zeradas (fl. 16).

Apresenta o entendimento de que o autuado vem cometendo as irregularidades para fugir do recolhimento do ICMS Simples Nacional, na certeza de não ser alcançado pelo Fisco. Basta verificar os relatórios AUDIG.

Informa que todas as vendas foram efetuadas pelo autuado através de emissão de Nota Fiscal, e o sistema AUDIG exclui qualquer outra operação que não esteja com CFOP adequado. As Notas Fiscais com CFOP de retorno, substituição em garantia e remessa para troca, prestação de serviço ou qualquer outra, foram excluídas da base de cálculo.

Esclarece que, na realidade, o autuado compra mercadorias em outras Unidades da Federação e recolhe o ICMS Antecipação Parcial, mas isto não exclui o autuado do pagamento do ICMS Simples Nacional, com o código de receita 0709, exceto as mercadorias da substituição tributária.

Todas as informações fornecidas pelo autuado, bem como as constantes do sistema da SEFAZ são inseridas no sistema AUDIG, e o cruzamento/batimento das informações é feito através das Notas Fiscais de Entrada, para que o sistema AUDIG possa determinar a proporcionalidade em relação às mercadorias da Substituição Tributária.

Conclui que não existiu confusão do agente fiscal, ele não confundiu as operações de saída com atividade de comércio varejista especializada em equipamentos e suprimentos de informática; nenhuma receita foi declarada pelo autuado junto à Receita Federal, e não existe isenção para as empresas enquadradas no Simples Nacional.

Pede a procedência do presente Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, constato que o presente lançamento foi efetuado de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e a multa aplicada, relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação para se determinar a nulidade do Auto de Infração.

No mérito, as infrações 01 e 02 serão analisadas conjuntamente, mantendo-se a mesma ordem em que foi apresentada a defesa, tendo em vista que tratam de matéria relacionada ao recolhimento de ICMS relativo ao Simples Nacional, mantendo-se a mesma ordem em que foi apresentada a defesa, considerando que o autuado apresentou impugnação combatendo simultaneamente estes dois itens da autuação fiscal.

Infração 01 – 17.03.12: Omissão de receita apurada através de levantamento fiscal, sem dolo, no período de setembro de 2016 a dezembro de 2017.

Infração 02 – 17.04.01: Falta de recolhimento do 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 maio a dezembro de 2017.

O defendente alegou que as receitas auferidas no período fiscalizado foram provenientes de prestação de serviço de armazenagem de peças. Disse que recebeu e emitiu Notas Fiscais – Eletrônicas (NF-e), referentes ao recebimento e devolução de peças de equipamentos de informática utilizados em substituição em garantia. Essa operação é referente ao contrato firmado com a CM DIGITAL COMÉRCIO E SERVIÇO LTDA – ME, inscrita no CNPJ.

Também alegou que não comercializa peças de informática, embora tenha esse CNAE nas suas atividades econômicas, e que as peças que recebeu são aplicadas em substituição de garantia e são devolvidas as peças avariadas para as empresas fornecedoras das peças novas. Ou seja, a mercadoria recebida foi aplicada na substituição em garantia e as peças avariadas foram devolvidas através de NF-e seguindo os procedimentos estabelecidos no RICMS-BA/2012, Decreto nº 13.780/12, art. 381.

Para melhor entendimento da matéria em questão, vale transcrever os arts. 380 a 383 do RICMS-BA/2012:

Art. 380. Na entrada de peça defeituosa a ser substituída, o concessionário, revendedor, agência ou oficina autorizada deverá emitir nota fiscal (entrada), sem destaque do imposto, que conterá, além dos demais requisitos, as seguintes indicações (Conv. ICMS 129/06 e 27/07):

I - a discriminação da peça defeituosa;

II - o valor atribuído à peça defeituosa, que será equivalente a 10% do preço de venda ou fornecimento da peça nova praticado pelo concessionário, revendedor, agência ou oficina autorizada, constante em lista fornecida pelo fabricante, em vigor na data da substituição;

III - o número da Ordem de Serviço ou Nota Fiscal-Ordem de Serviço;

IV - o número, a data da expedição do certificado de garantia e o termo final de sua validade.

§ 1º A nota fiscal (entrada) de que trata este artigo poderá ser emitida no último dia do mês, englobando as entradas de peças defeituosas, desde que:

I - na Ordem de Serviço ou na Nota Fiscal-Ordem de Serviço, constem:

- a) o nome da peça defeituosa substituída;
- b) o número do chassi ou outros elementos identificativos, conforme o caso;
- c) o número, a data do certificado de garantia e o termo final de sua validade;

II - a remessa, ao fabricante, das peças defeituosas substituídas seja efetuada após o encerramento do mês.

§ 2º A nota fiscal (entrada) será escriturada no Registro de Entradas, nas colunas “Operações ou Prestações sem Crédito do Imposto”.

Art. 381. São isentas do ICMS as remessas de peças defeituosas para o fabricante promovidas pelo estabelecimento ou pela oficina credenciada ou autorizada, desde que as remessas ocorram até trinta dias depois do prazo de vencimento da garantia.

Art. 382. Nas remessas da peça defeituosa para o fabricante, o estabelecimento ou a oficina credenciada ou autorizada deverá emitir nota fiscal, que conterá, além dos demais requisitos, o valor atribuído à peça defeituosa referido no inciso II do caput do art. 380.

Art. 383. Na saída da peça nova em substituição à defeituosa, o concessionário, revendedor, agência ou oficina autorizada deverá emitir nota fiscal indicando como destinatário o proprietário da mercadoria, com destaque do imposto, quando devido, cuja base de cálculo será o preço cobrado do fabricante pela peça e a alíquota será a aplicável às operações internas.

Da leitura dos dispositivos acima reproduzidos, constata-se que, nas remessas de mercadorias para substituição em garantia, mesmo não havendo pagamento por parte do cliente, proprietário do bem objeto da substituição, ocorre uma nova operação de circulação da mercadoria. Entretanto, o defendente entendeu que não houve comercialização ou revenda das peças em substituição por garantia, por isso, alegou que não há fato gerador do ICMS.

Não acato a alegação defensiva, considerando que embora não tenha caracterizado compra e venda de mercadoria, o entendimento que vem prevalecendo, é no sentido de que ocorreu circulação econômica da mercadoria, quando houve remessas para substituição em garantia, mesmo que não tenha sido efetuado qualquer pagamento pelo proprietário do equipamento objeto da substituição da peça.

Dessa forma, sobre a mercadoria nova remetida em nome do defendente, deve incidir o ICMS, e autuado deve efetuar o recolhimento do ICMS devido, sendo considerado responsável pelo lançamento e recolhimento do imposto relativo a essa operação.

Na informação fiscal, a autuante disse que o autuado vinha emitindo notas fiscais em suas vendas, e não estava fazendo declaração no Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional. No exercício de 2016, as vendas do autuado foram de R\$432.312,96, enquanto as declarações do Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional eram zeradas (fl. 10). Em 2017 as vendas do autuado foram de R\$1.850.613,35, enquanto as declarações no Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional eram zeradas (fl. 16).

Também informou, que todas as vendas foram efetuadas pelo autuado através de emissão de Nota Fiscal, e o sistema AUDIG exclui qualquer outra operação que não esteja com CFOP adequado. As Notas Fiscais com CFOP de retorno, substituição em garantia e remessa para troca, prestação de serviço ou qualquer outra, foram excluídas da base de cálculo.

À época dos fatos geradores, o autuado estava inscrito no SIMPLES NACIONAL, na condição de microempresa, e foi apurada operação realizada sem pagamento do ICMS, ficando o contribuinte obrigado a recolher o tributo devido em decorrência da prática da infração, apurada por meio do levantamento fiscal.

Observo que o Simples Nacional foi instituído pela Lei Complementar 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 regime de apuração do imposto estabelecido no Simples Nacional, leva em consideração no cálculo do valor devido mensalmente, a receita bruta auferida no mês, incidindo sobre esta receita bruta a alíquota determinada na forma do caput e dos §§ 1º e 2º, do art. 18 da Lei Complementar 123/06.

A autuante ressaltou, ainda, que o autuado compra mercadorias em outras Unidades da Federação e recolhe o ICMS Antecipação Parcial, mas isto não exclui o autuado do pagamento do ICMS Simples Nacional, com o código de receita 0709, exceto as mercadorias da substituição tributária.

Trata-se de exigência de imposto que poderia ser elidida pelo sujeito passivo, tendo em vista que neste caso, o impugnante não exibiu provas suficientes de que não cometeu a infração, não cabendo a este órgão julgador buscar outras provas, cuja obrigação de apresentação é do sujeito passivo, constituindo as alegações defensivas meras negativas do cometimento da infração.

Entendo que está caracterizada a irregularidade apontada no Auto de Infração, sendo devido o imposto apurado nos demonstrativos elaborados pela autuante, e concluo pela subsistência desta autuação.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **222829.0010/18-0**, lavrado contra **CM MATEC TECNOLOGIA E INFORMAÇÃO EIRELI**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$54.405,46**, acrescido da multa de 75%, prevista no art. 35 da LC 123/06; art. 44, I da Lei Federal nº 9.430/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de agosto de 2019

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA