

A.I. Nº - 232299.0013/19-8
AUTUADO - MARCOS SENA SOUZA
AUTUANTE - JEANNETTE OLIVEIRA SANTOS SOARES
ORIGEM - INFRAZ CHAPADA DIAMANTINA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 04/09/2020

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0118-02/20-Vd

EMENTA: ICMS. 1. SIMPLES NACIONAL. OMISSÃO DE RECEITA – SEM DOLO. **a)** PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RECEITA. SALDO CREDOR DE CAIXA. **b)** FALTA DE RECOLHIMENTO. MERCADORIAS NÃO ENQUADRADAS NA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA DECLARADAS COMO SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO. Infrações apuradas pelo sistema PRODIFE, ferramenta fiscal homologada para auditoria a contribuintes do ICMS no SIMPLES NACIONAL, cujos valores não foram contestados na forma orientada no artigo 123, § 5º do RPAF. Rejeitada a nulidade suscitada. Infrações subsistentes. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 17/06/2019, formaliza a exigência de crédito tributário no valor de R\$138.551,66, em decorrência das seguintes infrações imputadas ao autuado:

Infração 01 (17.03.12) – omissão de receita apurada através de levantamento fiscal, sem dolo. Valor: R\$25.480,22. Período: Março 2015, Abril, Maio, Agosto a Dezembro 2016, Janeiro, Fevereiro, Abril a Julho, Outubro a Dezembro 2017, Fevereiro a Abril, Junho a Dezembro 2018. Enquadramento legal: Art. 319 do RICMS-BA/2012 c/c arts. 18, 21, 25 e 26 da Lei Complementar 123/06 e Resolução CGSN 94/11, atualizada pela Resolução CGSN 140/2018: Multa: 75%, nos termos dos arts. 34 e 35 da Lei Complementar nº 123/06 e do inciso I do art. 44 da Lei Federal nº 9.430/96;

Infração 02 (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. Valor: R\$113.071,44. Período: Janeiro a Dezembro 2014, Fevereiro 2015 a Dezembro 2017, Janeiro, Março a Dezembro 2018. Enquadramento legal: Art. 18, §4º, da Lei Complementar 123/06: Multa: 75%, nos termos do art. 35 da Lei Complementar nº 123/06 e do inciso I do art. 44 da Lei Federal nº 9.430/96.

O autuado apresentou impugnação às fls. 527-539. Relata os fatos alegando falta de apresentação de demonstrativo em que se funda as infrações, o que, diz, contraria o art. 18, IV do RPAF, ao não observar o devido processo legal, cerceando, assim, o direito de defesa, já que o lançamento é ato vinculado à legislação tributária, de modo que o procedimento fiscal seria nulo por não conter, de forma clara e compreensiva, a demonstração da base de cálculo e o método de apuração do tributo.

No item “II – DAS RAZÕES DE IMPUGNAÇÃO”, após reproduzir o art. 2º do RPAF, diz que seu enunciado remete aos princípios de direito e à CF/88, bem como ao CTN, especialmente seu art. 112, na interpretação favorável ao contribuinte.

Seguindo, reproduz excerto de doutrina para dizer que a atuação do Fisco não envolve “interesse próprio das autoridades fiscais, nem é o exercício de um direito subjetivo do órgão fiscal, que, também não é parte credora de uma relação jurídica”, já que a atuação oficial e imparcial do

Fisco visa obter a verdade dos fatos. Assim, as imputações de infração não podem prosperar por ofensa a princípios de direito.

No subitem “II.1 – DA INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL”, depois de reproduzir as infrações, repetir a falta de apresentação do demonstrativo em que se funda as infrações e reproduzir novos trechos de doutrina, arts. 2º, 18, IV, “a” e 41, II do RPAF, ressalta que a infração tributária há que ser provada, pois, sem prova não pode haver lançamento fiscal, de modo que, conforme as diversas ementas de acórdãos do CONSEF reproduzidos, há que se decretar a nulidade do Auto de Infração, pois que, alega, efetuado sem motivo.

Nesse sentido, augui como “PREJUDICIAL DE VALIDADE e EFICÁCIA da peça básica do processo administrativo fiscal instaurado; requerendo, por isso mesmo, com amparo no princípio do contraditório pleno e amplo, assegurado pela Magna Carta (Art. 5º, LV CF/88), que a prejudicial seja apreciada e decidida, com fundamentação própria e específica (CF/88, art. 93, IX, e inteligência do art. 5º, II, 37, “caput”, Hely Lopes Meireles, direito administrativo brasileiro, 15ª ed. RT, SP, 1990, ff. 78/79).

Concluindo, pede: i) decretação de nulidade do AI; ii) que as intimações sejam dirigidas exclusivamente aos patronos da autuada, nos endereços contidos no impresso da Impugnação.

A autuante apresenta Informação Fiscal às fls. 550-558. Observa que a fiscalização decorre do processo SIPRO 054612/2018-2 – Denúncia de Contribuintes Infratores, conforme cópia que acosta aos autos, em que se constatou falta de emissão de NF na revenda de mercadorias. Seguindo, após sintetizar a peça de defesa diz que a ação fiscal iniciada com a Intimação de fls. 11-12 e encerrada com o AI acompanhado dos demonstrativos pertinentes, observou o RPAF.

Afirma não proceder as alegações de violação a princípios constitucionais porque os demonstrativos elaborados tiveram cópias entregues ao contribuinte, conforme documento de fls. 523.

Transcrevendo o artigo 150, I do CTN, § 4º, I, do art. 4º da Lei 7014/96, 34 da LC 123/06, fala que o imposto exigido tem previsão legal e quem ofendeu a legalidade tributária foi o autuado “ao incorrer na prática de reter parte do valor de sua receita obtida pelas vendas de mercadorias tributadas, oferecendo à tributação um percentual irrisório”.

Reafirma que em diligência prévia *in loco* o Fisco constatou a denúncia de que o contribuinte tributava apenas cerca de 10% de sua receita e que a alegação quanto ao artigo 112 do CTN não procede porque não há dúvida na interpretação da legislação aplicada; agiu observando a legislação tributária por dever de ofício para identificar as infrações e, ao contrário do que o Impugnante afirma, o autuado recebeu cópia dos demonstrativos suporte da autuação, conforme recibo acostado à fl. 523, caindo por terra a nulidade arguida.

Conclui mantendo a integral do AI.

VOTO

Como relatado, o Auto de Infração acusa o cometimento de 02 (duas) infrações e sem contestar os dados do levantamento fiscal, a Impugnação se limita a pedir a nulidade do AI sob a alegação de que a auditoria foi desenvolvida sem observar o devido processo legal, em especial, pela falta de apresentação de demonstrativo em que se funda as infrações, o que, diz, contraria o art. 18, IV do RPAF, cerceando, assim, o direito de defesa.

Pois bem. Antes de adentrar-me na apreciação de mérito do lançamento em revisão neste Órgão Administrativo Judicante, compulsando os autos, verifico: a) conforme documento de fl. 522, cópia do Auto de Infração e dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto foram entregues ao contribuinte; b) na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no art. 142 do CTN, bem como nos artigos 15, 19, 26, 28, 30, 38, 39 (em especial quanto ao inciso III e §§), 41, 42, 43, 44, 45 e 46, do RPAF; c) o processo se conforma nos artigos 12, 16, 22, 108, 109 e 110 do mesmo regulamento; d) as infrações estão claramente descritas, corretamente tipificadas, determinadas com segurança, bem como

identificado o infrator; e) têm suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais (fls. 10-522), constato não haver vício a macular o PAF em análise.

Mais especificamente sobre a nulidade suscitada e razões arguidas ressalto que os elementos de provas autuados, ao contrário do alegado pelo Impugnante, informam que a ação fiscal ocorreu mediante a utilização do PRODIFE – sistema de auditoria homologado pela SEFAZ por ser constituído dos parâmetros estabelecidos na legislação específica do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuintes devidos por Microempresas e Empresa de Pequeno Porte – Simples Nacional, especialmente LC 123/2006 e Resolução CGSN 94/11, atualizada e substituída pela Resolução 140/2018.

Tratando-se de contribuinte optante do Simples Nacional, a exação fiscal decorre de obrigação tributária liquidada por Autoridade Fiscal competente do Ente tributante (COTEB: art. 107, §3º), mediante regular procedimento administrativo então competente, cujos elementos determinantes previstos no art. 142 do CTN (ocorrência do fato gerador; determinação da matéria tributável, cálculo do montante do tributo devido, identificação do sujeito passivo e multa proposta) constam claramente identificados nos autos.

Vê-se nos autos que, sem contestar o demonstrativo suporte das infrações em que as NFs objeto da autuação estão identificadas em arquivos próprios e considerados todos os recolhimentos do imposto efetuados no prazo para pagamento voluntário, já que a exação fiscal se refere ao ICMS decorrente de vendas de mercadorias tributáveis não declaradas pelo contribuinte nos PGDASD transmitidos à SEFAZ.

Sem sentido lógico nem jurídico o argumento defensivo de falta de fundamentação para o lançamento tido pelo Impugnante como fruto de ilegal arbitramento praticado com preterição do direito de defesa, pois, além de não se vislumbrar arbitrariedade no procedimento fiscal, o lançamento foi efetuado por servidor público autorizado por lei ainda vigente e a necessária Intimação de início da fiscalização e requisição de apresentação de livros e documentos fiscais e/ou prestação de informações constam das fls. 11-12 dos autos. Ademais, os demonstrativos elaborados pela fiscalização, parte integrante deste Auto de Infração, são claros, compatíveis com a Auditoria aplicável para as sociedades empresariais optantes pelo Simples Nacional.

Observo que, por lei, os arquivos eletrônicos encaminhados pelos contribuintes à SEFAZ devem refletir a real movimentação empresarial com repercussão tributária. Geram, portanto, repercussões jurídicas que provam a favor e em contra do emitente.

O sujeito passivo teve ciência do início do procedimento fiscal que, sendo vinculado à lei, rege-se pelo princípio inquisitório. Portanto, partindo das informações contidas no banco de dados do sujeito ativo, ainda que a colaboração do contribuinte seja interessante na maioria dos casos, prescinde de participação do contribuinte fiscalizado, já que objetiva conferir o correto cumprimento das obrigações tributárias por parte do autuado.

Nesse sentido, leciona Hugo de Brito Machado Segundo:

“Essa é a razão pela qual se diz que o contribuinte pode defender-se do auto de infração contra si lavrado, mas não tem, necessariamente, oportunidades de defesa antes da feitura do lançamento, em face da mera fiscalização em seu estabelecimento, por exemplo, até porque o procedimento de fiscalização tem por fim uma mera conferência do cumprimento espontâneo da norma tributária, e não a solução de uma lide. Lide poderá haver em momento posterior, se for o caso, na hipótese de ser efetuado um lançamento.” (Processo Tributário, 3ª Ed. Editora Atlas)

Ressalte-se que, embora não se exija que um procedimento de fiscalização assegure prévia oportunidade de defesa ao contribuinte, para que a relação jurídica de crédito e débito nascida com o lançamento tributário entre os sujeitos ativo e passivo da relação se efetive, a Autoridade Fiscal deve seguir um procedimento calcado na legalidade (lei formal).

Do mesmo modo, sob pena de cometer ilegalidade, quando requerido o contribuinte deve exhibir seus livros, documentos e controles fiscais e contábeis (CTN: Art. 195).

Do que consta nos autos, vejo que o lançamento em sede de revisão neste órgão administrativo judicante, bem como o processo administrativo que o conduz, atenderam aos princípios de regência, tais como: Legalidade, Inquisitório, Devido Processo Legal e seus corolários de Ampla Defesa e Contraditório. Rejeito, pois a nulidade suscitada.

Superada a análise preliminar, passo a apreciar o mérito do lançamento tributário de ofício em sede de revisão neste CONSEF.

De logo, ressalto tratar-se de tributo originalmente sujeito a lançamento por homologação (CTN: art. 150) em que a legislação atribui ao sujeito passivo a prática de todos os atos de valoração da obrigação tributária, inclusive o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, cabendo a esta apenas homologar os atos de natureza fiscal do contribuinte no prazo decadencial. Nesse caso, ainda que sobre a obrigação tributária não influam quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, em sendo praticados, os atos são, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação (§§ 2º e 3º do artigo 150 do CTN).

A exação da Infração 01 decorre de constatado recolhimento de ICMS a menos que o devido em função da efetiva movimentação comercial do contribuinte, apurada mediante utilização do sistema de auditoria PRODIFE, em que se confronta o imposto devido com o declarado pelo contribuinte nos documentos do Simples Nacional.

Para essa infração, assim se apresenta a legislação de enquadramento:

RICMS-BA/2012

Art. 319. O Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional obedecerá ao disposto na Lei Complementar Federal nº 123, de 14/12/2006, às resoluções do Comitê Gestor de Tributação das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte e, no que couber, as normas da decreto_2012_13780_ricms_texto.doc legislação do ICMS.

LC 123/06

Art. 18. O valor devido mensalmente pela microempresa ou empresa de pequeno porte optante pelo Simples Nacional será determinado mediante aplicação das alíquotas efetivas, calculadas a partir das alíquotas nominais constantes das tabelas dos Anexos I a V desta Lei Complementar, sobre a base de cálculo de que trata o § 3º deste artigo, observado o disposto no § 15 do art. 3º

Art. 21. Os tributos devidos, apurados na forma dos arts. 18 a 20 desta Lei Complementar, deverão ser pagos:

I - por meio de documento único de arrecadação, instituído pelo Comitê Gestor;

II - (REVOGADO)

III - enquanto não regulamentado pelo Comitê Gestor, até o último dia útil da primeira quinzena do mês subsequente àquele a que se referir;

IV - em banco integrante da rede arrecadadora do Simples Nacional, na forma regulamentada pelo Comitê Gestor.

Art. 25. A microempresa ou empresa de pequeno porte optante pelo Simples Nacional deverá apresentar anualmente à Secretaria da Receita Federal do Brasil declaração única e simplificada de informações socioeconômicas e fiscais, que deverá ser disponibilizada aos órgãos de fiscalização tributária e previdenciária, observados prazo e modelo aprovados pelo CGSN e observado o disposto no § 15-A do art. 18.

Art. 26. As microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional ficam obrigadas a:

I - emitir documento fiscal de venda ou prestação de serviço, de acordo com instruções expedidas pelo Comitê Gestor;

Art. 34. Aplicam-se à microempresa e à empresa de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos impostos e contribuições incluídos no Simples Nacional.

Art. 35. Aplicam-se aos impostos e contribuições devidos pela microempresa e pela empresa de pequeno porte, inscritas no Simples Nacional, as normas relativas aos juros e multa de mora e de ofício previstas para o imposto de renda, inclusive, quando for o caso, em relação ao ICMS e ao ISS.

Lei Federal 9.430/96

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

A exação da Infração 02 decorre de falta de recolhimento de ICMS em razão de considerar nos documentos do Simples Nacional, receitas de venda de mercadorias não sujeitas ao Regime de Substituição Tributária como se o imposto já teria sido antecipado, também apurado mediante aplicação do sistema de auditoria PRODIFE.

Para essa infração, assim se apresenta a legislação de enquadramento:

LC 123/06

Art. 18. O valor devido mensalmente pela microempresa ou empresa de pequeno porte optante pelo Simples Nacional será determinado mediante aplicação das alíquotas efetivas, calculadas a partir das alíquotas nominais constantes das tabelas dos Anexos I a V desta Lei Complementar, sobre a base de cálculo de que trata o § 3º deste artigo, observado o disposto no § 15 do art. 3º
§ 4º O contribuinte deverá considerar, destacadamente, para fim de pagamento, as receitas decorrentes da: (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

I - revenda de mercadorias, que serão tributadas na forma do Anexo I desta Lei Complementar; (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

II - venda de mercadorias industrializadas pelo contribuinte, que serão tributadas na forma do Anexo II desta Lei Complementar; (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

III - prestação de serviços de que trata o § 5º-B deste artigo e dos serviços vinculados à locação de bens imóveis e corretagem de imóveis desde que observado o disposto no inciso XV do art. 17, que serão tributados na forma do Anexo III desta Lei Complementar; (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

IV - prestação de serviços de que tratam os §§ 5º-C a 5º-F e 5º-I deste artigo, que serão tributadas na forma prevista naqueles parágrafos; (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

V - locação de bens móveis, que serão tributadas na forma do Anexo III desta Lei Complementar, deduzida a parcela correspondente ao ISS; (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

VI - atividade com incidência simultânea de IPI e de ISS, que serão tributadas na forma do Anexo II desta Lei Complementar, deduzida a parcela correspondente ao ICMS e acrescida a parcela correspondente ao ISS prevista no Anexo III desta Lei Complementar; (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

VII - comercialização de medicamentos e produtos magistrais produzidos por manipulação de fórmulas: (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

a) sob encomenda para entrega posterior ao adquirente, em caráter pessoal, mediante prescrições de profissionais habilitados ou indicação pelo farmacêutico, produzidos no próprio estabelecimento após o atendimento inicial, que serão tributadas na forma do Anexo III desta Lei Complementar; (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

b) nos demais casos, quando serão tributadas na forma do Anexo I desta Lei Complementar.

Art. 35. Aplicam-se aos impostos e contribuições devidos pela microempresa e pela empresa de pequeno porte, inscritas no Simples Nacional, as normas relativas aos juros e multa de mora e de ofício previstas para o imposto de renda, inclusive, quando for o caso, em relação ao ICMS e ao ISS.

Lei Federal 9.430/96

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

Pois bem. Vê-se nos demonstrativos autuados o pleno atendimento das disposições acima e o correto enquadramento das infrações, todas constatadas mediante auditoria com uso do sistema PRODIFE, homologado pela SEFAZ por ser constituído dos parâmetros estabelecidos na legislação específica do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuintes devidos por Microempresas e Empresa de Pequeno Porte – Simples Nacional, especialmente LC 123/2006 e Resolução CGSN 94/11, atualizada e substituída pela Resolução 140/2018.

Com respeito ao PRODIFE, o motivo e fundamento da autuação consta demonstrado nas planilhas de fls. 13-33 e 36-125, sendo que o demonstrativo da Infração 01 se apresenta nas fls. 13-14 e da Infração 02 nas fls. 16-17.

Vê-se que atendendo intimação, o contribuinte informou o faturamento do período autuado no demonstrativo de fls. 34-35.

Na planilha da Infração 01 (DEMONSTRATIVO DA FALTA DE PAGAMENTO DO ICMS DEVIDO SOBRE O FATURAMENTO – SIMPLES NACIONAL), tais valores constam da coluna “B”; a receita omitida não contestada figura na coluna “C1” e se origina da reconstituição do caixa do estabelecimento autuado, conforme demonstrativo de fls. 19-33 e 36-124, tendo por base tanto as informações da movimentação empresarial do autuado constante na base de dados da SEFAZ quanto do seu livro Caixa, cuja cópia consta dos autos (fls. 151-520).

Sobre os valores das receitas periodicamente omitidas se calculou o percentual das receitas relativas às mercadorias tributáveis (demonstrativo de fl. 18), conforme determinado no artigo 18, §§4º, I a IV, 4º-A, 12, 13 e 14, da LC 123/06, que, no caso é 60%, e sobre o qual incide as alíquotas do ICMS Simples Nacional – Comércio, correspondentes e que constam da coluna “H” do demonstrativo suporte da Infração, de modo a determinar o ICMS a pagar exigido no lançamento objeto desta lide administrativa (Coluna “M”, do demonstrativo), e que, neste caso, soma R\$25.480,26. Como orienta o artigo 123, §5º, do RPAF, esse valor, seus dados ou metodologia não foram contestados.

Assim, tendo em vista nada reparar de ofício quanto ao procedimento fiscal e considerando a disposição dos artigos 140 a 143 do RPAF, tenho a Infração 01 como subsistente.

A Infração 02 consta demonstrada na planilha de fls. 16-17 (DEMONSTRATIVO DA FALTA DE PAGAMENTO OU PAGAMENTO A MENOR DO ICMS DEVIDO SOBRE O FATURAMENTO – SIMPLES NACIONAL). Neste caso, as receitas omitidas, calculadas e originadas na forma já demonstrada na Infração 01, foram somadas às receitas periodicamente declaradas, de modo que alterando a receita acumulada base para tributação no regime especial do SIMPLES NACIONAL, conforme a faixa de enquadramento, as alíquotas incidentes foram ajustadas, cujos valores efetivamente devidos para os períodos compreendidos na autuação (Coluna “M” do demonstrativo), deduzindo o ICMS periodicamente declarado (Coluna “N”), resultou no ICMS a pagar aqui exigido (Coluna “O”), que, neste caso, soma R\$113.071,44.

Como visto na anterior infração, nem este valor, nem seus dados e tampouco a metodologia aplicada na apuração foram contestados e assim como exposto para a anterior, tenho a Infração 02 como subsistente.

Quanto às intimações a respeito deste PAF, para produzir efeitos legais elas devem atender a forma regulamentar.

Voto pela PROCEDÊNCIA do auto de infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 232299.0013/19-8, lavrado contra **MARCOS SENA SOUZA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$138.551,66**, acrescido de multa de 75%, previstas nos arts. 34 e 35 da Lei Complementar nº 123/06 e c/c I, do art. 44 da Lei Federal nº 9.430/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF a distância, 17 de julho de 2020.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE/RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - JULGADOR