

N.F. Nº - 232536.0003/19-8
NOTIFICADA - B & A COMÉRCIO VAREJISTA DE ALIMENTOS LTDA.
NOTIFICANTE - VERENA CELIA OLIVEIRA PALMEIRA
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - 19/01/2021

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0199-02/20NF-VD

EMENTA: ICMS. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RECEITA – SEM DOLO. SIMPLES NACIONAL. VENDAS COM PAGAMENTOS POR CARTÕES DE CRÉDITO/DÉBITO. Infração apurada por sistema homologado pela SEFAZ, 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. Infração subsistente. Notificação Fiscal **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Lavrada em 18/09/2019, a presente Notificação Fiscal exige crédito tributário no valor de R\$9.321,26, em decorrência da seguinte infração:

Infração 01 (17.03.12) – omissão de receita apurada através de levantamento fiscal, sem dolo. Valor: R\$9.321,26. Período: agosto 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;

O Notificado impugna o lançamento às fls. 18-24. Reproduzindo o art. 319 do RICMS-BA e excertos de doutrina, alega que a notificação não é clara nem caracteriza a infração, uma vez que fundamentada em legislação revogada em 2018, o que impede “formular uma defesa consistente voltada à impugnação do lançamento”, razão pela qual requer sua nulidade.

Seguindo, reproduzindo o art. 79 da Resolução CGSN nº 94/11, excerto doutrinário de Fábio Rodrigues de Oliveira e o art. 38-B da LC 147/2014, diz que a Fiscalização se esqueceu de seguir na íntegra a legislação federal que regulamenta a matéria, pois, havendo previsão legal, o lançamento tributário não foi emitido por meio do “Sistema Eletrônico Único de Fiscalização”, o que “macula o auto e infração de vício insanável”.

Nesse sentido, fala que esse Órgão deve aplicar a “legislação federal que regulamenta a tributação pelo SIMPLES NACIONAL, culminando com a redução da multa aplicada no auto de infração em 90% (noventa por cento), vez a previsão legal estampada no art. 38-B da LC 147/14”.

Concluindo, pede: i) decretação de nulidade do AI, em razão das “ilegalidades e inconstitucionalidades cometidas, em especial, por ter sido realizado em rito diverso do previsto no art. 79 da Res. CGSN 94/11, que determina a constituição de crédito tributário via Sistema Eletrônico Único de fiscalização; ii) sucessivamente, aplicação da legislação federal, culminando com a redução da multa aplicada em 90%, conforme art. 38-B da LC 147/14.

A Notificante presta Informação Fiscal às fls. 151-153. Após relatar os fatos e resumir a Impugnação, diz que o Impugnante se equivoca e que ele efetuou vendas de mercadorias tributáveis, mas não recolheu o ICMS, conforme demonstrativos de fls. 04-11 e CD de fl. 12 contendo relatório das vendas por meio de cartões de crédito/débito no valor de R\$650.002,84, sendo R\$243.534,66, relativo a omissão de mercadorias com substituição tributária e R\$406.468,18, correspondente a omissão de mercadorias sem substituição tributária.

Quanto à alegação de falta de fundamentação para a notificação, informa que a empresa foi intimada para apresentar os documentos fiscais relativos às vendas do período 26/06 a 31/12/2016 e apresentou apenas PGDAS sem movimento (zeradas), demonstrando não ter havido vendas, conforme demonstrativo de fl. 06.

Conclui mantendo a íntegra da Notificação Fiscal.

VOTO

Como relatado, a presente Notificação Fiscal, acusa o cometimento de uma infração e sem contestar os dados do levantamento fiscal, a Impugnação se limita a pedir sua nulidade sob a alegação de que a auditoria foi desenvolvida sem observar o devido processo legal, já que não seria clara nem caracterizaria a infração, uma vez que fundamentada em legislação revogada em 2018, o que impede “formular uma defesa consistente voltada à impugnação do lançamento.

Seguindo, reproduzindo o art. 79 da Resolução CGSN nº 94/11, excerto doutrinário de Fábio Rodrigues de Oliveira, e o art. 38-B da LC 147/2014, diz que a Fiscalização se esqueceu de seguir na íntegra a legislação federal que regulamenta a matéria, pois, havendo previsão legal, o lançamento tributário não foi emitido por meio do “Sistema Eletrônico Único de Fiscalização”, o que “macula o auto e infração de vício insanável”.

Nesse sentido, fala que esse Órgão deve aplicar a “legislação federal que regulamenta a tributação pelo SIMPLES NACIONAL, culminando com a redução da multa aplicada no auto de infração, em 90% (noventa por cento), conforme previsão estampada no art. 38-B da LC 147/14.

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. 01, 02, e 13, cópia da Notificação Fiscal e dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do lançamento foram entregues ao contribuinte; b) na sua lavratura foi 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) a infração está claramente descrita, corretamente tipificada, determinada com segurança, bem como identificado o infrator; e) tem suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais (fls. 04-11 e CD de fl. 12), 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 AUDIG – sistema de auditoria homologado pela SEFAZ, por ser constituído dos parâmetros estabelecidos na legislação específica do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições 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, cujo art. 91 dispõe:

Art. 91. Aplicam-se à ME e à EPP optantes pelo Simples Nacional todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos tributos incluídos no Simples Nacional. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 34)

Portanto, 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, 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 da infração, em que os documentos fiscais objeto da notificação 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 praticado com preterição do direito de defesa, pois, além de todos os elementos identificadores das omissões, necessários e suficientes para o exercício do amplo direito de defesa, o lançamento foi efetuado por servidor público autorizado por lei vigente, bem como com a necessária Intimação de início da fiscalização e requisição de apresentação de livros e documentos fiscais e/ou prestação de informações (fl. 03 dos autos). Ademais, os demonstrativos elaborados pela fiscalização, parte integrante desta Notificação Fiscal, 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 notificado.

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 exibir 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 decorre de constatada omissão de receita, apurada através de levantamento fiscal, cujo devido ICMS não foi recolhido oportunamente. Levantamento este que, mediante auditoria homologada pelo sujeito ativo desta relação jurídica em juízo administrativo, confronta-se todo o imposto devido por sua movimentação empresarial 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;

Pois bem. Vê-se nos demonstrativos autuados, o pleno atendimento das disposições acima e o correto enquadramento da infração, constatada mediante auditoria com uso de ferramenta 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.

Com respeito ao sistema de auditoria utilizado, o motivo e fundamento da autuação constam demonstrados nas planilhas de fls. 04-11, de forma sintética, e os analíticos constam na mídia CD de fl. 11.

Vê-se, que atendendo intimação, o contribuinte informou o faturamento do período autuado nas PGDAS transmitidas ao Fisco.

Na planilha da Infração (CÁLCULO DA RECEITA APURADA – fls. 06-10), tais valores constam da coluna “(E)” da fl. 06; a receita omitida não contestada figura na coluna “(I)” da fl. 07, valores contidos no Anexo 1, da mídia CD, fl. 11, e se origina da reconstituição da real receita do estabelecimento notificado, conforme demonstrativo de fls. 08-11 e 04, tendo por base tanto as informações da movimentação empresarial informado pelo Notificado via Aplicativo PGDAS constante na base de dados da SEFAZ, quanto das obrigatorias informações com repercussão tributária do Notificado, prestadas por terceiros, no caso, as operadoras de cartões de crédito e débito (RELATÓRIOS TEF DIÁRIO), contidas na mídia CD de fl. 11, cuja cópia o Notificado recebeu.

Sobre os valores das receitas periodicamente omitidas se calculou o percentual das receitas relativas às mercadorias tributáveis (demonstrativo “APURAÇÃO DO ICMS POR TIPO DE INFRAÇÃO – APURAÇÃO DA ALIQUOTA DO ICMS A RECOLHER - fl. 04 e 07, Coluna (N), resultante da proporcionalidade dessas mercadorias no total da receita omitida), conforme determinado no artigo 18, da LC 123/06, e sobre o qual incide as alíquotas do ICMS Simples Nacional – Comércio, correspondentes e que constam da segunda coluna do demonstrativo “CÁLCULO DA RECEITA APURADA - SEGREGAÇÃO DO ICMS A RECOLHER POR INFRAÇÃO (ANEXO 3) – CONTINUAÇÃO” (fl. 05), de modo a determinar o ICMS a pagar exigido no lançamento objeto desta lide administrativa (Colunas (E) e (F), dos demonstrativos de fls. 04 e 05, respectivamente), e que, neste caso, soma R\$9.321,26. Como orienta o artigo 123, § 5º do RPAF, negando tal dispositivo, esse valor, seus dados ou metodologia não foram contestados.

Assim, ainda que sem qualquer prejuízo ao crédito constituído, já que ambos tratam de infração constada por Levantamento Fiscal – sem dolo, observo que, como identificada nos seus demonstrativos suporte, (fl. 05), o código da infração constatada é 17.03.16, e não 17.03.12, como figurado na Notificação Fiscal.

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

Por se referir a multa por descumprimento de obrigação acessória, a redução de multa solicitada pelo Impugnante, com base no art. 38-B da LC 147/14, não se aplica ao caso, já que a multa aplicada é por descumprimento de obrigação principal.

Voto pela PROCEDÊNCIA da Notificação Fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** a Notificação Fiscal nº 232536.0003/19-8, lavrado contra **B&A COMÉRCIO VAREJISTA DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o Notificado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$9.321,26**, acrescido de multa de 75%, previstas nos arts. 34 e 35 da Lei Complementar nº 123/06, c/c I, do art. 44 da Lei Federal nº 9.430/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 05 de outubro de 2020.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE/RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - JULGADOR