

N.F. N° - 151936.0007/19-6
NOTIFICADO - MARIA SALETE AZOLIN BERTASSO
NOTIFICANTE - IVONE SANTOS TOSTA
ORIGEM - INFAS VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 19/02/2021

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0004-02/21NF-VD

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. FALTA DE RECOLHIMENTO. MERCADORIAS NÃO ENQUADRADAS NA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA DECLARADAS COMO SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO. Constatado que o contribuinte declarou em PGDASD transmitidas (nas quais apurou e recolheu os tributos do Simples Nacional), receitas por venda de mercadorias não sujeitas a antecipação tributária por substituição, como se assim fora. Infração apurada pelo sistema AUDIG, ferramenta fiscal homologada para auditoria a contribuintes do ICMS no SIMPLES NACIONAL. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Lavrada em 21/03/2019, a presente Notificação exige crédito tributário de R\$1.006,12, em decorrência da seguinte infração:

Infração 01 - (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\$1.006,12. Período: maio, setembro, outubro e novembro 2014, janeiro, fevereiro, maio e agosto 2015 e novembro 2016. 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.

A Notificada impugnou o lançamento às fls. 35-36. Após historiar os fatos diz que o art. 289 do RICMS-BA, em seu Anexo I, vigente no período auditado, determinava que os produtos com NCM/SH, em seus capítulos 61, 62 e 64 (Vestuários e seus acessórios: calçados, polainas e artefatos semelhantes e suas partes) fossem tributados por antecipação total, com MVA, para que fossem revendidos com exclusão da base de cálculos do ICMS devido no SIMPLES NACIONAL, e assim foram declarados nos respectivos PGDAS do período em foco.

Fala que os valores excluídos da base de cálculo do ICMS são de mercadorias vendidas com substituição tributária e foram apurados com base na leitura das reduções “Z” (diárias e mensais) emitidas pelos ECFs utilizados no estabelecimento, o que pode se aferido pela leitura dos totalizadores F1 que figuram, tanto nas reduções “Z” diárias, quanto nas reduções “Z” mensais.

Informa que após recebimento da Notificação Fiscal fez detalhada apuração com base nos mencionados totalizadores, cujos resultados confrontou com os valores declarados no PGDAS e não encontrou divergências, razão pela qual contesta a exação na integralidade.

Aduz que para análise do pleito, anexa a planilha resumo da apuração das bases de cálculos onde se evidencia as divergências entre o levantamento efetuado pela Notificante e o que efetuou revisando os totalizadores das reduções “Z” diárias e mensais.

Diz também anexar planilhas auxiliares de cada competência mensal onde houve notificação de débito, apontando as datas onde se verificam vendas com ST de calçados e assemelhados, o que está segregado no totalizador F1 de cada Cupom Fiscal e também de cada redução “Z” diária ou

mensal e para subsidiar/validar a contestação também anexa arquivos digitais em PEN DRIVE, constando o arquivo MFD, conforme Ato COTEB em código Binário/TXT de todas as ECFs e suas reduções “Z” do período fiscalizado.

A Notificante presta Informação Fiscal à fl. 86. Diz observar que a Impugnante não aporta aos autos suficientes provas para elidir o lançamento nem aponta de forma concreta, específica e objetiva erros, falhas e/ou inconsistências em valores e/ou cálculos do levantamento fiscal, que resultou na apuração do imposto exigido.

Fala que a “autuada” foi indicada para fiscalização pelo fato de suas declarações via PGDAS conterem “divergência” quanto “as” receitas com e sem ST, registrando:

Para 2014

Declarada sem ST R\$576.884,98 e com ST R\$55.476,76, mas no levantamento fiscal se apurou, respectivamente, R\$602.293,11 e R\$30.849,13, gerando as diferenças de R\$25.408,13 na sem ST e R\$24.627,63, na com ST (fls. 09 e 10).

Para 2015

Declarada sem ST R\$867.330,82 e com ST R\$ 51.109,81, mas no levantamento fiscal se apurou, respectivamente, R\$881.994,05 e R\$37.651,67, gerando as diferenças de R\$14.663,23 na sem ST e R\$13.458,14, na com ST (fls. 17 e 18).

Para 2016

Declarada sem ST R\$824.397,09 e com ST R\$11.812,41, mas no levantamento fiscal se apurou, respectivamente, R\$824.803,12 e R\$11.410,38, gerando as diferenças de R\$406,03 na sem ST e R\$402,03, na com ST (fls. 25 e 26).

Fala que o AUDIG é a ferramenta oficial da SEFAZ; nela se insere as informações fornecidas pela “autuada” e outras constantes no sistema da SEFAZ, tipo notas fiscais, ICMS recolhido, declarações no PGDAS, arquivo binário TXT e TEF, de modo que o cruzamento das informações/batimentos é feito através das notas fiscais via CFOP para determinar a proporcionalidade devida das mercadorias com ST (fls. 10, 18 e 26).

Mantém a exação e pede que a notificação seja julgada procedente.

VOTO

Como relatado, a Notificação Fiscal acusa o cometimento da infração 17.04.01 - falta de recolhimento de ICMS no regime tributário do Simples Nacional, relativo a receitas de vendas de mercadorias sem substituição tributária declaradas em PGDASD como se fora sujeitas a ST.

Pois bem. Antes de adentrar-me na apreciação de mérito do lançamento em revisão neste Órgão Administrativo Judicante, compulsando os autos, verifico: a) conforme documentos de fls. 02, 03, bem como do que se depreende o teor da Impugnação, cópia da Notificação 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) 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. 03-29), constato não haver vício a macular o PAF em análise.

Ressalto, que os elementos de provas autuados informam que a ação fiscal ocorreu mediante a utilização do AUDIG 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 Resoluções CGSN 94/11 e 140/2018.

Observo que a acusação decorre de receitas de vendas de mercadorias não sujeitas a antecipação tributária total, por substituição tributária, declaradas nos PGDAS-D transmitidos à SEFAZ como se fora de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária e, de logo, ressalto 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.

Como previsto na legislação da espécie, 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, o procedimento fiscal prescinde de participação do contribuinte fiscalizado, já que objetiva conferir o correto cumprimento das obrigações tributárias por parte do contribuinte.

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, 3^a Ed. Editora Atlas)

Assim, embora não se exija que um procedimento de fiscalização que 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.

É de se ter em vista, 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 e do artigo).

A exação, repito, decorre da 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 tivera sido antecipado, alterando os valores dos tributos devidos no regime do Simples Nacional e, conforme o caso, a consequente alíquota aplicada/declarada pelo contribuinte nas suas, mediante aplicação do sistema de auditoria.

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, calculada 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.

§ 4º-A. O contribuinte deverá segregar, também, as receitas: (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

I - decorrentes de operações ou prestações sujeitas à tributação concentrada em uma única etapa (monofásica), bem como, em relação ao ICMS, que o imposto já tenha sido recolhido por substituto tributário ou por antecipação tributária com encerramento de tributação;

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. No regime de apuração do Simples Nacional, identificando-se irregularidade em face de correções nas discriminações de receitas por faturamento incorretamente declarado em PGDASD pelo contribuinte, como nesse caso, ou em caso de não declaração de receita obtida, pode-se constatar variadas infrações à legislação tributária do Simples Nacional, como se vê identificadas no relatório da auditoria suporte deste lançamento de ofício, com possibilidade de segregar o ICMS apurado devido, por infração (Anexo 3, fls. 12, 20 e 28).

Na Impugnação, acertadamente, o sujeito passivo diz que, conforme o art. 289 do RICMS, vigente no período auditado, vestuário e seus acessórios: calçados, polainas e artefatos semelhantes e suas partes, constam do Anexo I, como mercadorias sujeitas à ST e, para suporte da alegação de improcedência da notificação, apresenta "Planilha Resumo da apuração das bases de cálculo" em que confronta os dados das vendas de mercadorias com ST registrados nas "Reduções Z" de ECF com os expostos nos demonstrativos suporte da acusação fiscal, planilhas analíticas dessas vendas que diz extraídos de arquivo digital MFD e cópias dos PGDAS apresentados (todas para os períodos em que há exação), o sujeito passivo contestou integralmente o lançamento dizendo nada ter de errado nas declarações oportunamente apresentadas porque os valores de mercadorias ali indicados são os constantes nas Reduções Z.

Sem embargo, os próprios elementos de prova apresentados pelo Impugnante, ao contrário do pretendido, provam a favor do fisco e em contra à alegação defensiva, senão vejamos:

A uma, porque os valores segregados pelo contribuinte nos PGDAS como vendas de mercadorias com substituição tributária coincidem com os constantes na “Coluna T” dos demonstrativos suporte da exação, mais especificamente do demonstrativo “CALCULO DA RECEITA APURADA – ANEXO 2” (fls. 09, 17 e 25). Neste, tendo em vista que a ferramenta fiscal AUDIG capta automaticamente dos arquivos transmitidos tais dados, observo que diferente não poderia ser.

A duas, porque, contrariando a alegação defensiva, os valores das vendas de mercadorias com ST constantes nos demonstrativos analíticos que o Impugnante diz ter extraídos dos registros de ECF que deveriam coincidir, divergem dos constantes nos PGDASD apresentados para os períodos maio 2014, fevereiro, maio, agosto 2015, no caso, R\$121,50, R\$4.246,64, R\$2.453,00, R\$4.597,32, contra, R\$286,20, R\$6.257,19, R\$3.566,27, R\$ 5.795,41, respectivamente.

Ora, em consonância com a normativa específica para o correto cumprimento da obrigação tributária no Regime do Simples Nacional (inclusive considerando a segregação de receita por vendas de mercadorias sujeitas à antecipação tributária total – § 4º-A, da LC 123/06), o procedimento fiscal, utilizando-se informações extraídas do banco de dados da SEFAZ constatou receitas de vendas de mercadorias não sujeitas como se fossem sujeitas a ST em montantes diferentes aos declarados pelo contribuinte via PGDASD, pelos quais ele recolheu os tributos devidos no regime do Simples Nacional, resultando recolhimentos menores que os devidos nos períodos exigidos, cujo ICMS, único de competência da Bahia na cesta de tributos do Simples Nacional, exige-se nesse lançamento de ofício.

Observa-se que nos três exercícios fiscalizados, para efeito homologatório do ICMS devido, as declaradas receitas de vendas de mercadorias sem e com ST, foram: 2014 - R\$576.884,98 e R\$55.476,76; 2015 – R\$867.330,82 e R\$51.109,81; 2016 - R\$824.397,09 e R\$11.812,41. Contudo, o procedimento fiscal constatou diferentes valores, quais sejam: 2014 - R\$602.293,11 e R\$30.849,13; 2015 - R\$881.994,05 e R\$37.651,67; 2016 - R\$824.803,12 e R\$11.410,38. Por óbvio, tal reapuração efetuada no procedimento fiscal, incorporando receitas de vendas de mercadorias normalmente tributáveis, inadvertidamente declaradas como procedentes de vendas de mercadorias sujeitas ao Regime de Substituição tributária, impactou na participação dessas mercadorias na receita das vendas periódicas, base de cálculo para tributação da cesta de tributos, e que foi objeto de reapuração do índice de proporcionalidade, pois este foi incorretamente apostado pelo contribuinte nos PGDASDs transmitidas ao fisco.

Esse ajuste de proporcionalidade consta demonstrado nas planilhas de fls. 07, 15 e 23 (Anexo 2-A, coluna M “Prop. ST”), de modo que sob as alíquotas do ICMS aplicáveis às faixas de faturamento de cada período, conforme previsão do art. 18 da LC 123/2006, e constantes do seu anexo – que neste caso se indica na coluna “E” do demonstrativo suporte “APURAÇÃO DA ALÍQUOTA DO ICMS A RECOLHER – ANEXO 3 (fls. 06, 10 e 14) – resultou nos valores aqui exigidos.

Em outras palavras, refez-se a tributação tendo por base de cálculo a receita acumulada auferida nos últimos 12 meses com suas consequentes alíquotas para efeito de conferência do ICMS declarado nos periódicos PGDAS, conforme determinado no artigo 18, §4º, incisos I a IV, § 4º-A e arts. 12, 13 e 14, todos da LC 123/06, mas corrigindo a incorreta segregação de receitas.

Então, vê-se nos demonstrativos autuados o pleno atendimento das disposições acima e o correto enquadramento da infração constatada mediante auditoria com uso do sistema AUDIG, 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.

Para colmo, nada tendo a reparar quanto ao procedimento fiscal, voto pela PROCEDÊNCIA do lançamento tributário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância ÚNICA, julgar **PROCEDENTE** a Notificação Fiscal nº **151936.0007/19-6**, lavrada contra **MARIA SALETE AZOLIN BERTASSO**, devendo ser intimada a autuada, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.006,12**, 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, 22 de janeiro de 2021.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE /RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - JULGADOR