

PROCESSO - N. F. Nº 232171.0058/19-8
NOTIFICADO - VERDURÃO 2 MIL – COMÉRCIO DE HORTIFRUT LTDA.
NOTIFICANTE - SANDRA MARIA DE ALMEIDA MOINHOS
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 02/10/2023

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACORDÃO JJF Nº 0190-02/23NF-VD**

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL COMO NÃO TRIBUTÁVEL. 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 da Lei Complementar nº 123/2006. Recálculo da Receita Bruta considerando os valores não declarados. Afastada a arguição de nulidade. Notificação Fiscal **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A presente Notificação Fiscal – Estabelecimento – Simples Nacional foi lavrada em 25/11/2019, e exige crédito tributário no valor de R\$ 5.788,17, acrescido da multa de 75%, tipificada no art. 35 da Lei Complementar nº 123/2006, art. 44 da Lei Federal nº 9.430/96 com redação dada pela Lei nº 11.488/2007, pelo cometimento da infração **17.05.01**: Deixou de recolher o ICMS em razão de considerar receita tributável como não tributável (imunidade, isenção ou valor fixo), apurada nos períodos de agosto de 2014 a junho de 2016.

Enquadramento legal: art. 18 da Lei Complementar nº 123/2006.

Consta no campo Descrição dos Fatos, a informação da agente fiscal: “*Trata-se de contribuinte inscrito na condição de Microempresa, optante no Simples Nacional no período de 01/07/2007 a 31/12/2018, na atividade econômica de Comércio varejista de hortifrutigranjeiros (CNAE-4724500).*”

Contribuinte cientificado da fiscalização sumária referente ao período de 2014 a 2017 conforme OS nº 504739/19, através de DTE em 05/11/2019 que não corresponde ao não atendimento à malha fiscal.

O levantamento fiscal tomou por base as informações existentes no Sistema SEFAZ/BA, que em confronto das receitas declaradas no PGDAS-D (Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional – Declaratório), e os valores das vendas auferidas em Cartão de Crédito/Débito informados à SEFAZ/BA, pela administradora de cartões, através do sistema TEF (Transferência Eletrônica de Fundos), apurado divergências entre o valor da receita proveniente das vendas em cartão sem a emissão dos respectivos documentos fiscais, em que fica evidenciada a omissão de vendas, que foram acrescentadas ao valor integral das vendas declaradas no PGDAS-D.

Tendo em vista que o contribuinte não fez a segregação das receitas substituídas integralmente e, como se trata de empresa que comercializa produtos da substituição tributária, essa nova receita foi submetida à segregação para separar o montante da receita que será a base para o cálculo do imposto devido. Para tanto, a proporcionalidade foi calculada tomando-se por base os percentuais encontrados nos arquivos XML das notas fiscais eletrônicas de compras.

A proporção resultante foi aplicada sobre a receita apurada e mensalmente encontrada a base de cálculo, que, por vez, foi submetida às alíquotas constantes no Anexo I da Lei nº 123/2006 do Simples Nacional. Essas alíquotas foram determinadas de acordo com a receita bruta alcançada pela empresa nos doze últimos meses anteriores ao mês de apuração. Dessa forma, nos exercícios de 2014 a 2016, foram encontradas diferenças de ICMS a recolher referente à isenção/imunidade indevida, em razão de

considerar receita tributável como não tributável”.

A impugnação, fls. 152 a 157, patrocinada pelo contador da notificada, inicia por relatar os fatos e em seguida arguir nulidade do lançamento, transcrevendo o art. 18 do RPAF/99, fundamentada no entendimento de que a forma como fora elaborada, a Notificação Fiscal não possui respaldo legal, clareza e objetividade suficientes para conhecer o que lhe está sendo atribuído como devido, resultando na impossibilidade de uma investigação mais criteriosa e rigorosa dos itens imputados e, assim impede o exercício da ampla defesa.

Acrescenta que a ação fiscal afronta aos direitos e garantias assegurados na Carta Magna, conforme preconiza o seu art. 5º, inc. XII, vez que não autorizou e/ou não foi judicialmente oficiada a determinar que a instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito a fornecer a autoridade fiscal do estado da Bahia dados de sua movimentação bancária, ou seja, os dados que sustentam a exigência tributária, foram utilizados sem o seu conhecimento e anuência.

Aduz que por ilíquido e incerto o crédito tributário, não poderá ser cobrado, conforme preconiza a Lei nº 8.630/80, no parágrafo único do seu art. 3º, constituindo por si só em elemento suficiente para que seja declarada a nulidade da ação fiscal.

Conclui que, a vista dos vícios com que se revestiu o lançamento, requer preliminarmente que seja julgado nulo, face nulidades insanáveis contidas no procedimento fiscal.

Ao abordar as razões do mérito, afirma que a Notificação é totalmente improcedente, tendo em vista que ao arbitrar a base de cálculo do imposto na pseudomissão das saídas apuradas, a Fiscal não considerou que parte desses valores se refere a operações isentas, não-tributadas e sujeitas à substituição tributária, conforme prescreve a Instrução Normativa nº 56/2007, já que opera no ramo do comércio varejista de produtos alimentícios e bebidas, com predominância de carne bovina e produtos derivados do abate do gado bovino e suíno, fato que diz comprovar, com base nos documentos fiscais de entrada de mercadorias.

Explica que o RICMS/2007, prescreve em seu art. 125, inc. II, alínea “h”, c/com o art. 353, §§ 5º e 6º, que nas operações com gado bovino, suíno, aves, e os produtos comestíveis do seu abate, o imposto deve ser pago por deferimento, portanto, é dispensado o pagamento no momento da saída e conclui que a Fiscal cometeu um erro ao exigir o pagamento do ICMS nas vendas de tais produtos, conforme disposto no art. 125, incisos II e III, art. 353, inc. I e inc. III, item 9, que reproduz.

Conta ter sido intimada por edital, e desta forma não apresentou os documentos fiscais comprovando que suas operações estão fora do alcance do ICMS, por substituição, antecipação e/ou deferimento do lançamento, o que faz no momento, juntando cópias de algumas notas fiscais de compras.

Declara que o valor do imposto exigido na Notificação não reflete a realidade dos fatos, pois foi apurado sobre base de cálculo indevida, e o imposto legalmente devido se encontra quitado.

Requer a produção de todos os meios de prova em direito admitidos, como a revisão por Fiscal estranho ao feito, perícia nos seus livros e documentos contábeis e fiscais e juntada posterior de documentos.

Pede que as preliminares de nulidade e as razões de mérito sejam acolhidas e apreciadas, e face a ausência de prejuízos a Fazenda Estadual e que seja julgada improcedente a Notificação Fiscal.

Na informação fiscal, fls. 162 e 163, a notificante reproduziu a infração, fez um breve histórico dos fatos e após transcrever os argumentos da defesa, asseverou não caber a alegação de improcedência da Notificação Fiscal, tendo em vista ser a notificada um contribuinte inscrito no regime do Simples Nacional, cuja apuração do imposto é feita com base na receita bruta na qual as operações tributadas e isentas são incluídas na base de cálculo, pois a sistemática do Simples Nacional toma como parâmetro a receita bruta mensal auferida, excluindo-se tão somente as mercadorias da substituição tributária, pelo fato de serem tributadas antecipadamente.

Ressalta que nos termos dos artigos 12 e 13 da Lei Complementar nº 123/06, art. 18 e parágrafos, e art. 24, é vedado a utilização de qualquer valor a título de incentivo fiscal, aí incluído o benefício da isenção.

Explica que considerando que a notificada não fez a segregação das receitas substituídas, ao declarar no PGDAS-D, geradas nos extratos do Simples Nacional, a receita apurada foi submetida à segregação que separou o montante da receita da base para o cálculo do imposto devido. Para tanto, a proporcionalidade foi calculada tomando-se por base os percentuais encontrados nos arquivos XML das notas fiscais eletrônicas de compras.

Conclui que não procede o pedido de nulidade ou improcedência da Notificação Fiscal, lavrada de acordo com o que preceitua o RICMS/BA, razão pela qual solicita que a julgue procedente.

É o relatório.

VOTO

Versa a presente Notificação Fiscal sobre uma infração, tempestivamente impugnada pelo sujeito passivo, decorrente da falta de recolhimento do ICMS em razão de ter o mesmo considerado receita tributável como não tributável.

A notificada é contribuinte inscrito no CAD-ICMS na condição de Microempresa, optante do Simples Nacional no período de 01/07/2007 a 31/12/2018, atuante no comércio varejista de hortifrutigranjeiros e tomou ciência do início da ação fiscal através da mensagem nº 140869, postada via DT-e, em 05/11/2019.

Indefiro o pedido de diligência com base no art. 147, inc. I alínea “a” do RPAF/99.

Constato que a agente Fiscal na lavratura da Notificação, processou as informações declaradas pelo contribuinte e contidas nos registros da SEFAZ, através do Sistema AUDIG, ferramenta de auditoria fiscal, homologada pela SEFAZ, que realiza a auditoria digital baseado na receita bruta de vendas, informações estas, coletadas da emissão de documentos fiscais em confronto com as declarações do contribuinte, referentes as operações realizadas entre 2014 e 2016, cujo resultado indicou que houve omissão de receita, desaguando na falta de recolhimento do ICMS.

A defesa arguiu nulidade do lançamento, fundamentada nos argumentos: *(I)* pela forma que foi lavrada, a Notificação Fiscal não detém respaldo legal, clareza e objetividade suficiente para permitir o exercício da ampla defesa; *(II)* foi violado o art. 5º, inc. XII da Constituição Federal, uma vez que foram utilizados dados de sua movimentação bancária sem sua autorização, tampouco da Justiça, portanto, os dados que servem de sustentação ao levantamento, são de seu inteiro desconhecimento; e *(III)* o crédito tributário não possui a liquidez e certeza, portanto, não poderia ser cobrado, mediante o disposto na Lei nº 8.630/80.

Conforme consta descrito nos autos, os trabalhos de auditoria fiscal levados a termo pela Fiscalização tomaram como base as informações constantes nos sistemas da SEFAZ, os valores das receitas declaradas no Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional – Declaratório – PGDAS-D, pelo contribuinte e os valores das vendas realizadas.

Do confronto dessas informações e registros, foi apurado através de aplicação de roteiro de auditoria, divergências entre o valor da receita declarada e o montante das vendas com base nos documentos fiscais emitidos e as informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito e débito, restando caracterizada a ocorrência de vendas sem a emissão dos respectivos documentos fiscais.

Considerando que os insumos utilizados pela Fiscal na aplicação do roteiro de auditoria são exatamente dos dados declarados pelo contribuinte no PGDAS-D e os valores de vendas registrados nas notas fiscais emitidas pelo contribuinte, não pode a defesa arguir desconhecimento desses dados e registros.

Quanto a possível violação ao art. 5º, inc. XII da Constituição Federal que garante o direito a todos ser “...inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;”, não vislumbro ter o Fisco praticado qualquer ato que possa ser caracterizado como afronta a tal direito.

Nesse sentido, lembro que foram utilizados pelo Fisco, apenas os dados referentes as vendas auferidas em Cartão de Crédito/Débito informados à SEFAZ, pela administradora de cartões, através do sistema de Transferência Eletrônica de Fundos – TEF a serem prestadas pelas administradoras de cartões de crédito/débito, prevista na Lei nº 7.014/96, nos artigos 35 e 35-A, *verbis*:

Art. 35. O regulamento poderá atribuir ao contribuinte ou a terceiros o cumprimento de obrigações no interesse da administração tributária, inclusive quanto a obrigatoriedade do uso de equipamentos de controle das operações e/ou prestações.

Art. 35-A. As administradoras de cartão de crédito ou de débito deverão informar ao fisco estadual o valor referente a cada operação ou prestação efetuada por contribuintes do imposto através de seus sistemas de crédito, débito ou similares.

Ou seja, as informações dos valores referente a cada operação ou prestação efetuada por contribuintes do imposto através de seus sistemas de crédito, débito ou similares, consiste numa obrigação a ser cumprida pelas administradoras de cartões, com respaldo no art. 197, inc. II do Código Tributário Nacional:

Art. 197. Mediante intimação escrita, são obrigados a prestar à autoridade administrativa todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros: (...)

II - os bancos, casas bancárias, Caixas Econômicas e demais instituições financeiras;

Quanto ao sigilo das informações, observo o disposto no art. 198, § 1º, inc. II e § 2º do CTN:

Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.

§ 1º Excetua-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes: (...)

II – solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa.

§ 2º O intercâmbio de informação sigilosa, no âmbito da Administração Pública, será realizado mediante processo regularmente instaurado, e a entrega será feita pessoalmente à autoridade solicitante, mediante recibo, que formalize a transferência e assegure a preservação do sigilo.

Resta, portanto, demonstrado que o fornecimento pelas administradoras de cartões dos dados referente as vendas através de cartões de crédito/débito, não é ilegal, tampouco quebra o sigilo de dados da pessoa jurídica sujeita a fiscalização tributária estadual.

O art. 3º, parágrafo único da Lei nº 8.630/80 que dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, assim dispõe:

Art. 3º - A Dívida Ativa regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez.

Parágrafo Único - A presunção a que se refere este artigo é relativa e pode ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do executado ou de terceiros, a quem aproveite.

Portanto, não é aplicável ao caso, uma vez que no presente caso não se trata de cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, pois o processo se encontra ainda na fase administrativa do contencioso.

De todo exposto, não acato a arguição de nulidade.

Quanto ao mérito, ressalto que segundo relato da Agente Fiscal, a diferença foi constatada através do cotejo entre o valor da receita proveniente das vendas efetuadas com pagamentos por meio de cartão de crédito/débito e a receita declarado pelo contribuinte no PGDAS-D.

A infração tipificada no lançamento se valeu de dados, utilizando os valores de receitas provenientes dos pagamentos de vendas realizadas por meio de cartões de crédito e/ou débito, comparando-os com os valores constantes nos respectivos Relatórios TEF, restando claro que a auditoria levada a termo, utilizou os resultados deste cotejamento para acusar o contribuinte de não recolher o ICMS em razão de considerar receita tributável como não tributável.

A princípio, parece tratar-se a presente exação de um procedimento isolado, contudo, essa Notificação corresponde a uma das três lavradas pela mesma autoridade, decorrente do exame da escrita fiscal e das declarações do contribuinte, pois assim pode-se constatar através de consulta ao Sistema de Gestão da Administração Tributária – SIGAT, onde consta registrado na mesma data, outros processos de números 2321710051/19-3 e 2321710057-19-1, que exigem o ICMS decorrente da constatação das seguintes infrações:

Auto de Infração nº: 2321710051/19-3 – infração 17.03.16: Omissão de saída de mercadorias tributadas, 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.

Auto de Infração nº 2321710057-19-1 – infração 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.

Assim sendo, este processo deve ser analisado considerando o contexto e a relação desta infração em conjunto com as outras infrações apuradas após conclusão da Fiscalização do estabelecimento.

A presente Notificação Fiscal, decorre do fato de ter sido identificado no exame de auditoria o montante da receita bruta em valor inferior a declarada no PGDAS-D, conseqüentemente a autoridade fiscal procedeu a revisão das declarações, inserindo estes valores não declarados, por conseguinte acarretou o aumento da receita bruta auferida, implicando na alteração da alíquota aplicável.

O regime de apuração pelo Simples Nacional consiste na aplicação de alíquotas sobre a receita auferida, cujo percentual varia em função da receita bruta acumulada nos doze meses anteriores ao da apuração, conforme art. 18, § 1º da Lei Complementar nº 123/2006:

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.

§ 1º Para efeito de determinação da alíquota nominal, o sujeito passivo utilizará a receita bruta acumulada nos doze meses anteriores ao do período de apuração.

Também definido pelo § 1º do art. 21 da Resolução CGSN 94/11, substituída pela Resolução CGSN 140/2018:

Art. 21. O valor devido mensalmente pela ME ou EPP optante pelo Simples Nacional será determinado mediante a aplicação das alíquotas efetivas calculadas na forma prevista no art. 20, sobre a receita bruta total mensal, observado o disposto nos arts. 16 a 19, 24 a 26, 33 a 35 e 133. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 3º, § 15, art. 18, caput e §§ 1º e 4º a 5º-I)

(Redação dada pelo (a) Resolução CGSN nº 135, de 22 de agosto de 2017) (Vide Resolução CGSN nº 135, de 22 de agosto de 2017)

§ 1º Para efeito de determinação da alíquota, o sujeito passivo utilizará a receita bruta total acumulada nos 12 (doze) meses anteriores ao do período de apuração. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 18, § 1º).

Verifico que a exação se fundamenta nos demonstrativos anexados aos autos, fls. 09 a 12 e nas declarações geradas pelo Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional – Declaratório – PGDAS-D, de onde os valores das receitas brutas declaradas foram extraídos das Declaração Anual do Simples Nacional – DASN, transmitidas à Receita Federal.

Ademais, observo que foram demonstrados os percentuais utilizados na segregação das receitas normais e aquelas outras isentas, não tributadas e do regime de substituição tributária, quando ocorreu, conforme demonstrativos que serviram de base para determinar as receitas omitidas correspondentes percentualmente às operações sujeitas à substituição tributária, que foram segregadas para fim da exigência fiscal.

Considero que a infração resta caracterizada, e por tudo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA da Notificação Fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância ÚNICA, julgar **PROCEDENTE** a Notificação Fiscal nº **232171.0058/19-8**, lavrada contra **VERDURÃO 2 MIL – COMÉRCIO DE HORTIFRUT LTDA.**, devendo ser intimado o notificado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 5.788,17**, acrescido da multa de 75%, tipificada no art. 35 da Lei Complementar nº 123/2006, art. 44 da Lei Federal nº 9.430/96 com redação dada pela Lei nº 11.488/2007 e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 18 de setembro de 2023.

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - RELATOR

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO - JULGADOR