

PROCESSO - N. F. Nº 232533.0013/18-7
NOTIFICADO - F M J A COMÉRCIO DE LATICÍNIOS E FRIOS EIRELI
NOTIFICANTE - CRISTIANE SOUZA PORTELA PÓVOAS
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 26/10/2023

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0198-02/23NF-VD

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. FALTA DE RECOLHIMENTO. VENDAS COM PAGAMENTOS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS PELO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS POR FINANCEIRAS OU ADMINISTRADORAS DOS CARTÕES. LEVANTAMENTO DA DIFERENÇA. OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. A declaração de vendas feitas pelo sujeito passivo, por meio de cartões de crédito e/ou débito, em valores inferiores àqueles informados pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autoriza a presunção legal de omissão de saídas anteriores de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto. Excluídas operações com substituição tributária. Infração subsistente. Rejeitada a arguição de nulidade. Notificação Fiscal **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A presente Notificação Fiscal foi lavrada em 24/07/2018, e exige o ICMS no valor de R\$ 13.666,67, acrescido da multa de 75%, pelo cometimento da infração – **17.03.06:** Omissão de saída de mercadoria tributada, 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, no período de abril, setembro a dezembro de 2017.

Enquadramento legal: art. 18, art. 26, inc. I da Lei Complementar nº 123/2006 c/com art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96.

Multa tipificada nos artigos 34 e 35 da Lei Complementar nº 123/2006, art. 44, inc. I da Lei Federal nº 9.430/96 com redação dada pela Lei Federal nº 11.488/2007.

Consta anexo aos autos a Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, fl. 02 e os demonstrativos do levantamento, fls. 05 a 12.

A notificada, através de seu advogado, impugnou o lançamento, fls. 17 a 20, onde inicialmente indicou que houve ofensa ao devido processo legal, alegando que a fiscalização ignorou a legislação federal que regulamenta a matéria, observando exclusivamente os dispositivos favoráveis ao Fisco estadual, porque o disposto no art. 79 da Resolução CGSN nº 94, de 29/11/2011 assim determina: “*Verificada infração à legislação tributária por ME ou EPP optante pelo SIMPLES NACIONAL, deverá ser lavrado Auto de Infração e Notificação Fiscal (AINF), emitido por meio do Sefisc.*”, foi ignorado.

Transcreve doutrina de Fábio Rodrigues de Oliveira acerca do dispositivo transcrito e infere que o lançamento é inconstitucional e ilegal por contrariar a referida resolução, maculando-o de vício insanável.

Reproduz o art. 38-B da Lei Complementar nº 147/2014, e pugna pela redução da multa em 90%.

Por fim, requer a nulidade do lançamento, e se assim não for o entendimento, que seja reduzida a multa em 90%.

A agente fiscal prestou a informação fiscal à fl. 28, onde assegurou que o lançamento tem respaldo nas normas tributárias, obedecendo todos os normativos pertinentes à matéria, inclusive a Constituição Federal, o Código Tributário Nacional, a legislação do Simples Nacional e o RICMS/2012.

Quanto ao sistema SEFISC, afirma que ele não foi implantado, ficando a cargo de cada ente da Federação a formalização de autos de infração e notificações, sendo que no Estado da Bahia, os procedimentos são efetuados através do SLCT e do sistema AUDIG.

Destaca que a notificada não trouxe aos autos provas capazes de elidir a infração, consubstanciado em alegações frágeis não apontando objetivamente quaisquer falhas, erros ou inconsistências em valores e cálculos do levantamento fiscal.

Opina pela procedência da Notificação Fiscal.

Constatado que inexistia nos autos a comprovação de que a notificada tenha recebido as cópias do Relatório TEF Diário, fato que o impossibilitaria de examinar completamente as operações realizadas por meio de pagamento com cartão de crédito ou de débito, considerando que a Fiscal efetuou o levantamento utilizando apenas os valores mensais, fatos que poderia implicar em cerceamento do direito de defesa do contribuinte, os membros da 2ª JF, em sessão de pauta suplementar de 19/06/2020, decidiram converter o processo em diligência a INFAZ de origem para que fosse emitido o relatório TEF Diário, anexado uma cópia ao processo e entregue outra ao sujeito passivo, mediante recibo, concedendo-lhe o prazo de sessenta dias para sobre eles se manifestar.

No cumprimento da diligência, a Inspeção INFAZ Varejo anexou aos autos, fls. 34 a 39, cópia do Relatório TEF Diário referente ao período fiscalizado, e cópia de mensagem postada no Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e, fls. 40 a 43, comprovando a entrega do relatório à notificada, que apresentou manifestação, fls. 46 a 48.

Inicialmente acusa a Fiscalização de não seguir na íntegra a legislação federal que regulamenta a matéria, à revelia do procedimento legal estampado na norma regente.

Repisa os argumentos da defesa e acrescenta que de acordo com a alegação da Fiscalização, tendo havido omissão de saída tributável de mercadorias do estabelecimento, dúvidas não restam acerca da aplicação da proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/2007 da SAT, que determina a aplicação da proporcionalidade para cada período para depois ser aplicada a alíquota do ICMS para os produtos vendidos pela empresa.

Aponta que em razão da existência de inúmeros produtos submetidos à substituição tributária, deve ser considerada a proporcionalidade nas operações, vez que o pagamento do ICMS já fora realizado para estas mercadorias.

Solicita a conversão do feito em diligência para que um Fiscal estranho ao feito aplique no cálculo do imposto devido, a proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/2007, bem como proceda à exclusão dos produtos comercializados que estão sujeitos à substituição tributária.

Requer que seja decretada a nulidade do lançamento em razão das inúmeras ilegalidades e inconstitucionalidades cometidas pela Fiscalização, em especial pela aplicação de rito diverso do previsto no art. 79 da Resolução CGSN nº 94, de 29/11/2011, maculando o processo administrativo fiscal de vício insanável, bem como seja determinada a aplicação da proporcionalidade prevista na citada Instrução Normativa da SAT nº 56/2007 com a exclusão dos itens sujeitos à substituição tributária.

A Fiscal notificante retornou aos autos às fls. 51 a 52, onde reproduziu a infração e afirmou que os

argumentos da notificada são meramente protelatórios, sem nenhum fundamento e não foi apresentado nenhum fato novo que poderia elidir a infração.

Repisa que o lançamento observou todas as normas aplicáveis e que as alegações de mérito são frágeis e não foram apresentadas provas para sustenta-las.

Sinaliza que a notificada foi indicada para ser fiscalizada através da Ordem de Serviço nº 503514/18 em razão da falta de recolhimento do ICMS Simples Nacional.

Detalha os valores apurados como omissão de pagamentos nos seguintes períodos:

Abril/2017 – Receita apurada através do TEF: R\$ 3.124,16 e receita declarada no PGADAS: zero;

Setembro/2017 - Receita apurada através do TEF: R\$ 96.749,71 e receita declarada no PGADAS: zero;

Outubro/2017 - Receita apurada através do TEF: R\$ 85.520,99 e receita declarada no PGADAS: zero;

Novembro/2017 - Receita apurada através do TEF: R\$ 87.598,96 e receita declarada no PGADAS: zero;

Dezembro/2017 - Receita apurada através do TEF: R\$ 120.368,79 e receita declarada no PGADAS: zero.

Quanto ao questionamento da aplicação da proporcionalidade, explica que o próprio sistema de fiscalização utilizados para as empresas optantes do Simples Nacional, a proporcionalidade prevista na Instrução Normativa 56/2007 é considerada com a exclusão das mercadorias da substituição tributária.

Pleiteia pela procedência integral da Notificação Fiscal.

É o relatório.

VOTO

A Notificação Fiscal em análise exige do contribuinte o ICMS decorrente da omissão de saídas de mercadorias tributadas, presumida pela constatação de que as vendas com pagamentos efetuados através de cartão de crédito ou de débito foram declaradas em valores inferiores aos informados por instituição financeira e administradora de cartões.

A notificada é contribuinte do ICMS inscrito no Cadastro Estadual, que à época dos fatos geradores era optante do Simples Nacional e desenvolvia a atividade econômica principal de comércio varejista de laticínios e frios, a partir de 03/03/2017 até 25/09/2018. Atualmente a inscrição estadual da notificada está *suspensa por interrupção temporária*, situação que persiste a partir de 09/02/2021.

Trata-se de uma situação cadastral prevista no RICMS/2012 no art. 26, inc. I.:

Art. 26. A suspensão da inscrição é o ato cadastral de caráter transitório, não resultante da prática de irregularidade fiscal, que desabilita o contribuinte ao exercício de direitos referentes ao cadastramento, em razão de:

I - paralisação temporária, se previamente autorizada pelo fisco.

Constato que o lançamento contém: **I)** o nome, o endereço e a qualificação fiscal do sujeito passivo; **(II)** o valor do tributo e das penalidades, com indicação dos acréscimos tributários incidentes, demonstrados segundo as datas de ocorrência e em função da natureza dos fatos; **(III)** a indicação dos dispositivos da legislação infringidos; **(IV)** a intimação e o prazo para apresentação de impugnação pelo contribuinte, de forma que o lançamento atende ao que prevê o art. 51 do RPAF/99.

Constam no processo o Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos Fiscais, cientificando o contribuinte do início da ação fiscal, assim como os demonstrativos elaborados pela autoridade Fiscal de forma clara e precisa, fls. 05 a 12, fato que permitiu a notificada o pleno exercício da ampla defesa e do contraditório.

A impugnação arguiu nulidade do lançamento por considerar que o lançamento está eivado de vício por ter sido lavrado sem observar o que determina o art. 79 da Resolução CGSN nº 94, de 29/11/2011, determinando que a apuração de infração à legislação tributária por optante pelo Simples Nacional, deveria ser lavrado Auto de Infração e Notificação Fiscal emitido por meio do sistema SEFISC.

Preliminarmente ressalto que a Resolução CGSN nº 94/2011, na data de lavratura da presente Notificação Fiscal já se encontrava revogada pela Resolução CGSN nº 140, de 22 de maio de 2018, sendo, portanto, inaplicável no presente caso.

A Lei Complementar nº 123/2006, prevê no seu art. 33:

Art. 33. A competência para fiscalizar o cumprimento das obrigações principais e acessórias relativas ao SIMPLES NACIONAL e para verificar a ocorrência das hipóteses previstas no art. 29 desta Lei Complementar é da Secretaria da Receita Federal e das Secretarias de Fazenda ou de Finanças do Estado ou do Distrito Federal, segundo a localização do estabelecimento, e, tratando-se de prestação de serviços incluídos na competência tributária municipal, a competência será também do respectivo Município. (...).

§1º-B. A fiscalização de que trata o caput, após iniciada, poderá abranger todos os demais estabelecimentos da microempresa ou da empresa de pequeno porte, independentemente da atividade por eles exercida ou de sua localização, na forma e condições estabelecidas pelo CGSN.

§1º-C. As autoridades fiscais de que trata o caput têm competência para efetuar o lançamento de todos os tributos previstos nos incisos I a VIII do art. 13, apurados na forma do SIMPLES NACIONAL, relativamente a todos os estabelecimentos da empresa, independentemente do ente federado instituidor.

Sendo que o § 4º do artigo acima transcrito atribui a competência para disciplinar a matéria ao Comitê Gestor do Simples Nacional. Tanto assim, que inicialmente foi publicada a Resolução CGSN nº 94/2011, alterada pelas Resoluções nº 98/2012, 104/2012 e a de nº 109, de 20/08/2013 e por último revogada pela Resolução CGSN nº 140, de 22/05/2018, que estabeleceu no seu art. 142:

Art. 142. Observado o disposto neste artigo, depois da disponibilização do Sefisc, poderão ser utilizados alternativamente os procedimentos administrativos fiscais previstos na legislação de cada ente federado: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 33, § 4º)

I - para fatos geradores ocorridos:

a) de 1º de janeiro de 2012 a 31 de dezembro de 2014, até 31 de dezembro de 2021; e

b) a partir de 1º de janeiro de 2015, até 31 de dezembro de 2021;

II - para todos os fatos geradores, até 31 de dezembro de 2021, nas seguintes situações:

a) declaração incorreta de valor fixo pelo contribuinte; (Grifos do relator).

Ou seja, efetivamente a Resolução nº 140 do CGSN, em seu art. 86 instituiu o Sistema Único de Fiscalização, contudo, conforme transcrito acima, o art. 142 da resolução admitiu a possibilidade de que fossem utilizados “*procedimentos administrativos fiscais alternativos*”, até 2019.

O presente lançamento se refere a fatos geradores ocorridos ao longo de 2017, dessa forma, era possível fazer uso do sistema de lançamento da Fazenda Estadual até 31/12/2019.

Pelo exposto, não há que se falar em ofensa ao devido processo legal, como argumenta a defesa, eis que, a Notificação Fiscal foi lavrada em total consonância com a legislação tributária, especialmente obedecendo ao que preconiza o RPAF/99 e em consonância com a legislação do Simples Nacional que faculta expressamente a aplicação dos procedimentos administrativos fiscais de cada ente federado.

Ademais, compulsando os autos, verifico o pleno cumprimento das formalidades legais e a inexistência vícios formais que possam comprometer a eficácia do lançamento.

Assim, não acolho a preliminar de nulidade.

No mérito, a exigência tem fulcro na falta de recolhimento de ICMS, presumida pela constatação de venda com pagamento em cartões de crédito/débito, declaradas em valor inferior àquele

fornecido por instituição financeira e administradora de cartões, verificado através do relatório TEF.

À fl. 05, consta o demonstrativo Apuração Mensal da Omissão de Saídas das Vendas com Cartão de débito/crédito – TEF, apontando as diferenças entre os valores informados pelas administradoras e as vendas com emissão de documentos fiscais RED-Z/PGDAS-D.

Tal presunção encontra amparo nas disposições contidas no art. 4º, § 4º, inc. VI, alínea “b” da Lei nº 7.014/96, cujo texto vigente à época dos fatos, transcrevo a seguir:

Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento: (...)

§4º Salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar: (...)

VI - valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte inferiores aos informados por: (...)

b) administradoras de cartões de crédito ou débito; (Redação com efeitos até 21/12/2017).

Em se tratando de exigência de imposto por presunção legal, cabe ao contribuinte trazer aos autos as provas de que os fatos não ocorreram.

Entretanto, a notificada se limitou a arguir a nulidade do lançamento, apresentado um argumento inaplicável, não trouxe aos autos uma prova sequer que pudesse contrariar a acusação, não apontou qualquer equívoco ocorrido no levantamento produzido de modo a justificar as diferenças apuradas. Assim, deixou de cumprir com o ônus provar ser improcedente a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis.

Quanto a requerida aplicação da Instrução Normativa nº 56/2007 da SAT, lembro que a mesma prevê que “*Apurada omissão de operações de saídas de mercadorias, nas hipóteses previstas no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, o preposto fiscal poderá considerar que parte desses valores se refere a operações isentas, não tributadas e/ou sujeitas à substituição tributária, excluindo-as do cálculo do ICMS devido, caso existam circunstâncias, elementos ou informações que permitam esta conclusão*”.

No presente caso, observo que a Agente Fiscal, quando da apuração do valor do imposto devido, já excluiu da base de cálculo, os valores de operações sujeitas ao regime de substituição tributária, aplicando em cada período fiscalizado o percentual de saídas com substituição tributária, fl. 05.

Dessa forma, descabe tal pedido.

Indefiro o pedido de diligência com base no art. 147, inc. I, alínea “a” do RPAF/99, ou seja, considero suficientes para a formação da convicção dos julgadores os elementos contidos nos autos.

Quanto às multas aplicadas, ressalto que tal apreciação de redução da multa, foge da competência desse Colegiado consoante revogação dos §§ 7º e 8º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, pelas Leis nº 14.183, de 12/12/2019 e nº 12.605, de 14/12/2012, respectivamente.

Outrossim, a redução pleiteada de 90% só é admitida ao Microempreendedor Individual – MEI, sendo admitido a redução em 50% para as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte quanto tratar-se de descumprimento de obrigação acessória, conforme previsto no art. 38-B da Lei Complementar nº 123/2006, dispositivo incluído pela Lei Complementar nº 147/2014, *in verbis*:

Art. 38-B. As multas relativas à falta de prestação ou à incorreção no cumprimento de obrigações acessórias para com os órgãos e entidades federais, estaduais, distritais e municipais, quando em valor fixo ou mínimo, e na ausência de previsão legal de valores específicos e mais favoráveis para MEI, microempresa ou empresa de pequeno porte, terão redução de:

I - 90% (noventa por cento) para os MEI;

II - 50% (cinquenta por cento) para as microempresas ou empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional.

Parágrafo único. As reduções de que tratam os incisos I e II do caput não se aplicam na:

I - hipótese de fraude, resistência ou embaraço à fiscalização;

II - ausência de pagamento da multa no prazo de 30 (trinta) dias após a notificação.

Portanto, inaplicável ao presente caso.

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 **2325330013/18-7**, lavrada contra **F M J A COMÉRCIO DE LATICÍNIOS E FRIOS EIRELI**, devendo ser intimado o notificado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 13.666,67**, acrescido da multa de 75%, prevista nos artigos 34 e 35 da Lei Complementar nº 123/2006, art. 44, inc. I da Lei Federal nº 9.430/96 com redação dada pela Lei Federal nº 11.488/2007, e dos acréscimos legais.

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

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO – JULGADOR