

A. I. N° - 210617.0010/11-9
AUTUADO - AXÉ MADEIREIRA LTDA.
AUTUANTE - AUGUSTO CEZAR RAMACCIOTTI GUSMÃO
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 28.08.2012

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0215-04/12

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. a) RECOLHIMENTO DE ICMS DECLARADO NA DASN A MENOS POR ERRO NA INFORMAÇÃO DAS RECEITAS MENSAS E/OU POR ERRO NAS ALÍQUOTAS APLICÁVEIS. b) CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. VENDAS DE MERCADORIAS COM PAGAMENTOS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS COM OS VALORES INFORMADOS PELAS ADMINISTRADORAS DOS CARTÕES. LEVANTAMENTO DA DIFERENÇA. OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Inadequação do procedimento fiscal tendo em vista apuração da exigência tributária considerando TEF mensal e distorção da base de cálculo por inclusão de receitas de vendas de mercadorias enquadradas no Regime de Substituição Tributária na base de cálculo da receita tributável pelo Simples Nacional. Vícios insanáveis. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado no dia 07/11/2011, exige ICMS no montante de R\$ 18.528,70, sob a acusação do cometimento das seguintes infrações:

Infração 01 – Efetuou recolhimento a menor de ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, implicando, desta forma, em não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e /ou de alíquota aplicada a menor. Período: junho e setembro 2007, setembro, novembro e dezembro 2008, agosto, outubro e dezembro 2009, janeiro a dezembro de 2010. Valor: R\$ 14.724,40. Multa de 75%, prevista no art. 35 da LC 123/2006 c/c art. 44, I da Lei Federal 9.430/96, com redação dada pela Lei nº 11.488/07.

Infração 02 – Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartões, em valor inferior ao informado por instituição financeira e ou administradora. Valor: R\$ 3.804,30. Multa de 150%, prevista no art. 35 da LC 123/2006 c/c art. 44, I, §1º da Lei Federal 9.430/96, com redação dada pela Lei nº 11.488/07.

Às fls. 30 a 35 o autuado impugna o auto de infração. Relata os fatos e diz que o Agente de Tributos analisou mal os documentos do período fiscalizado, pois a efetuou pela declaração do Simples Nacional ao invés dos cupons fiscais D-I. Aduz que em todo o período da declaração ocorre sobra subentendendo que a diferença se refere a vendas em espécie e as cópias das planilhas e declarações em anexos comprovam a ilegalidade do lançamento tributário por contrariar o art. 142 do CTN.

Com relação ao Direito, argui a incompetência do ATE para lavrar o AI e reproduz os artigos 42 e 46 do RPAF e diz que não recebeu cópia das peças que consubstancia o AI. Transcreve, também, os artigos 156, IV e IX, 144, 149 da CF (*sic*). Diz que o AI não atende ao disposto no art. 142 do CTN e transcreve doutrina de Geraldo Ataliba nesse sentido.

Concluindo, pede que o AI seja julgado procedente (*sic*), a fim de que seja anulado o débito tributário.

Na informação fiscal de fls. 49-50, o autuante, depois de abordar a inabilidade técnica dos procuradores do autuado, diz que seguiu rigorosamente as recomendações legais para o procedimento fiscal, em especial quanto às multas especificadas na LC 123/06.

Fala que bem apurou os débitos com base nas DASN's informadas pelo contribuinte no período autuado e que não procede a alegação de incompetência do Agente de Tributos para constituição do crédito fiscal. Aduz que o contribuinte não apresenta fundamento legal sobre a base de cálculo, alíquotas ou procedimentos fiscais e que tem mera intenção de protelar a execução fiscal. Informa que no ato da lavratura do AI esclareceu o contribuinte sobre as infrações.

Seguindo, explica o procedimento adotado:

- a) Comparou os valores apresentados nas planilhas (fls. 07 e 08) e nas DASN's do período, levando em conta a apuração mensal, informando que não adotou o modelo TEF diário por considerá-lo inapropriado, pois ele considera que valores não idênticos aos computados no relatório TEF não sejam considerados. Entende que a apuração mensal sana tal problema, pois o contribuinte informa seu faturamento mensal na DASN;
- b) Diz ser simples o método que adotou: ao contribuinte são solicitados planilhas (fls. 07, 08 e 09 - *sic*) contendo sua receita mensal discriminada e o quanto dela foi auferida por venda em cartão de crédito, cheque, dinheiro ou outro pagamento. Assim, as três primeiras colunas de apuração (fl. 06 - *sic*) se referem aos valores coletados nas planilhas e nas DASN's, sendo: $\text{Receita} = \text{dinheiro} + \text{cartão}$ (coluna 1 = 2 + 3 - *sic*);
- c) Na quarta coluna (*sic*) importou os valores do TEF fornecidos pelas administradoras de cartões que constam nos arquivos da SEFAZ;
- d) A quinta coluna (*sic*) se refere à diferença entre os valores importados TEF e os apresentados pelo contribuinte no quesito venda na forma de cartão de crédito;
- e) A sexta coluna traz a base de cálculo do tributo mensal de acordo com a LC 123 e compreende a soma da coluna receita (1) + diferença TEF (5) *sic*.
- f) Na sétima coluna é apurada a receita acumulada nos últimos 12 meses, levando em consideração a DASN. A partir daí, é só aplicação da alíquota correspondente, conforme quadros situados na parte inferior da planilha.

Conclui pedindo julgamento pela procedência do AI.

Conforme fl. 54, o PAF foi convertido em diligência à Infaz de origem para: a) entrega do Relatório TEF-Diário do período fiscalizado ao contribuinte, mediante declaração de abertura e regularidade dos arquivos em CD; b) reabertura do prazo de 30 dias para defesa.

Concluída a diligência, o contribuinte volta aos autos às fls. 183-188 mediante representação legal, apenas repetindo os argumentos da defesa exordial.

Às fls. 244-245, o autuante presta nova informação fiscal. Descreve as dificuldades que encontrou junto ao contribuinte no curso da ação fiscal e que só lhe restou uma forma – nos seus dizeres – precisa e incontestável de apuração do imposto, qual seja, sobre as DASN's. Transcreve o caput e § 1º do art. 18 da LC 123/06. Repisa seu argumento já exposto de despreparo técnico dos autores da defesa, bem como os demais argumentos (competência do ATE para lavrar o AI, falta de fundamentação legal da defesa).

Transcreve os arts. 153, 140, 141 e 142 do RPAF e destaca que “não é responsabilidade do CONSEF a busca da verdade real”.

Conclui pedindo seja o AI julgado procedente.

VOTO

Trata-se de auto de infração lavrado contra contribuinte do Simples Nacional contendo duas infrações: A primeira infração acusa recolhimento a menos de ICMS declarado na DASN, devido a

erro na informação da receita e/ou de alíquota aplicada e a segunda acusa omissão de receita de mercadoria tributável, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões.

Defendendo-se do lançamento tributário, o autuado, além da incompetência do ATE para lavrar o AI, expressou vício de nulidade por não ter recebido cópia das peças que sustenta o auto de infração. Observo que esse vício foi sanado nos termos do §1º do art. 18 do RPAF, com entrega do Relatório TEF-diário e reabertura do prazo para defesa, mas, a despeito disso e embora o impugnante não tenha sobre eles expressamente manifestado, outros vícios persistem a macular de nulidade absoluta o auto de infração, e por serem de apreciação oficiosa, me manifesto.

O art. 142, Código Tributário Nacional - CTN dispõe que compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento (Auditor Fiscal e Agente de Tributos Estaduais – este, em relação à mercadorias em trânsito e contra empresas enquadradas no Simples Nacional – art. 42, RPAF), assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível e o seu parágrafo único dispõe que a atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Portanto, daí se extrai que na atividade de lançamento tributário não há margens para discricionariedade administrativa, devendo a autoridade fiscal trabalhar dentro dos estritos limites estabelecidos na legislação de regência, assim praticando ato válido, ou não o fazendo, fulminando de nulidade o seu trabalho.

Nesse mesmo sentido e complementando a formalidade do ato administrativo do lançamento tributário de ofício, o RPAF prevê no art. 39, os requisitos que deve conter o auto de infração. Dentre estes estão “a descrição dos fatos considerados infrações de obrigações tributárias principais e acessórias, de forma clara, precisa e sucinta (inciso III)” e “outras ocorrências ou informações consideradas úteis para esclarecimento da ação fiscal (inciso VI)”. Também prevê o art. 41 do RPAF, que o auto de infração far-se-á acompanhar de cópias dos termos lavrados na ação fiscal, nos quais se fundamentará, obrigatoriamente, dos demonstrativos e dos levantamentos elaborados pelo fiscal autuante, se houver, e das provas necessárias à demonstração do fato arguido. Isto se faz indispensável porque o auto de infração aponta a prática de ilícito fiscal, ao qual a ordem jurídica comina sanção pecuniária.

Há que se considerar, portanto, que o auto de infração formaliza proposta de exigência de tributo e imposição de sanção tributária, o que leva ao reconhecimento da necessidade de expedição, a propósito, de um juízo por parte de outra autoridade, distinta da que praticou o lançamento, pois que ele aplica, de ofício, a norma legal supostamente infringida a um caso concreto.

Deve, pois, o auto de infração conter a descrição minuciosa da conduta ilícita, bem como indicar, detalhando, as circunstâncias em que ela ocorreu, de modo a demonstrar, de forma inequívoca, os fatos apontados como ocasionadores do ilícito tributário acompanhado de indispensáveis provas de modo não só a subsidiar a formação do convencimento da autoridade administrativa judicante encarregada do controle da legalidade do auto de infração de que o fato imponível ocorreu na forma acusada, bem como para revestir o ato administrativo tributário de todos os requisitos necessários para que o crédito tributário que dele decorre seja eficaz e exigível, aqui se incluindo a clareza no que se refere ao aspecto material, em especial, quanto à base de cálculo e o montante do tributo.

Tudo isso também se faz necessário para que o contribuinte autuado tenha elementos aptos a que, quando for o caso, exercendo o direito de petição assegurado pelo art. 5º, XXXIV, “a” da Constituição Federal, produza sua defesa de forma ampla facultando o estabelecimento do contraditório no processo administrativo fiscal dentro de um devido processo legal

constitucionalmente exigido (art. 5º, LIV, LV, CF) e seja facultado ao órgão judicante o convencimento da procedência ou não do lançamento, no exercício da função de autocontrole do ato administrativo.

Considerando que a autuação tem fundamento em informações de venda por cartão de crédito e/ou débito efetuadas pelo contribuinte e fornecidas à SEFAZ pelas Administradoras dos cartões, é o caso da presunção legal prevista no §4º, art. 4º da Lei 7.014/96 c/c art. 34 da LC 123/06, portanto, passível de ser elidida na forma prevista no art. 123 do RPAF, mediante comprovação documental que o valor da omissão presumida foi oferecido à tributação.

Ora, tratando-se de contribuinte enquadrado no Simples Nacional e tendo ECF, além da obrigação acessória de emissão do correspondente documento fiscal das vendas, cumpre sua obrigação tributária principal calculada sobre o faturamento, segregando-se deste (para efeito do ICMS), ICMS devido: a) nas operações ou prestações sujeitas ao regime de substituição tributária; b) por terceiro, a que o contribuinte se ache obrigado, por força da legislação estadual ou distrital vigente; c) na entrada, no território do Estado ou do Distrito Federal, de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, bem como energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou industrialização; d) por ocasião do desembaraço aduaneiro; e) na aquisição ou manutenção em estoque de mercadoria desacobertada de documento fiscal; f) na operação ou prestação desacobertada de documento fiscal; g) nas operações com bens ou mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, nas aquisições em outros Estados e Distrito Federal: 1. com encerramento da tributação, observado o disposto no inciso IV do § 4º do art. 18 desta Lei Complementar; 2. sem encerramento da tributação, hipótese em que será cobrada a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sendo vedada a agregação de qualquer valor; h) nas aquisições em outros Estados e no Distrito Federal de bens ou mercadorias, não sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, relativo à diferença entre a alíquota interna e a interestadual (LC 123/06: art. 13, §1º, XIII).

Assim, no caso dessa presunção, deve ser exigido ICMS por duas infrações:

a.1) infração 01, código 17.02.01 correspondente ao recolhimento de ICMS menor que o devido em face de erro na informação da receita tributável lançada no PGDAS, cuja multa é 75% e que se refere à “insuficiência de recolhimentos dos tributos do Simples Nacional”, infração tipificada no inciso III do art. 14 da Resolução nº 30 do Comitê Gestor do Simples Nacional - cuja competência para tratar dos aspectos tributários alberga-se na LC 123/06 (art. 2º, I) – exigível em face de recálculo fiscal do ICMS que o contribuinte deveria ter recolhido nos respectivos meses de competência do período fiscalizado em face da inclusão da receita tributável omitida nas DASN's que lhe serviram de base ao ICMS que efetivamente recolheu nos respectivos meses de competência.

a.2) infração 02, código 17.03.02, “Omissão de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões”, cuja multa é 150%, correspondente à infração “Omissão de Receitas” tipificada no inciso I do dispositivo citado, que tem o ICMS apurada pelo confronto dos valores das operações de vendas pagas através de cartões de crédito e/ou débito informadas pelas Administradoras em cumprimento da obrigação estabelecida no art. 35-A da Lei 7.014/96, com os respectivos documentos fiscais emitidos pelo contribuinte para tais operações.

Pois bem, *a priori*, no procedimento fiscal, a primeira verificação a ser vista é se o contribuinte emitiu o correspondente documento fiscal das operações pagas via cartões, conforme informadas pelas administradoras, confrontando as operações do Relatório TEF-diário onde se registram analiticamente, com os registros do ECF do contribuinte, para depurar possível omissão de valores não incluídos no faturamento, base de cálculo informada e tributada na DASN que o contribuinte preenche em programa próprio homologado pelos Entes tributantes (PGDAS). No

caso da Bahia, embora não seja obrigatório para o trabalho fiscal (desde que qualquer outro que o competente autuante use, cumpra os aspectos legais), o procedimento fiscal normalmente se desenvolve com aplicação do sistema AUDIG de fiscalização.

Neste caso, como se vê na sua informação fiscal, o autuante atesta que, discricionariamente, usou sistema diverso, e, por conta disso, cometeu diversos equívocos que consistem em insanáveis vícios, senão vejamos:

Registra ele que se baseou em comparar os valores apresentados nas planilhas (fls. 07 e 08) e nas DASNs do período, levando em conta a apuração mensal, não adotando o TEF diário por considerar modelo inapropriado, pois considera que valores não idênticos aos computados no relatório TEF não sejam considerados. Este entendimento, por si só, contraria reiteradas decisões deste CONSEF que tem acolhido como prova suficiente para elidir a presunção, a apresentação pelo contribuinte de documento fiscal emitido em data e valor correspondente às operações constantes no Relatório TEF diário que informa as operações de venda cujo pagamento ocorreu via cartões e que são passadas ao Fisco pelas Administradoras. Ora, não fazendo a prévia e necessária depuração e considerando apenas os valores mensais das informações TEF, o procedimento fiscal cerceia o direito de defesa do contribuinte por lhe impossibilitar o conhecimento detalhado das operações.

Mas não é só isso. O autuante ao relatar a simplicidade do seu método diz que solicitou ao contribuinte as planilhas (fls. 07, 08 e 09) contendo sua receita mensal discriminada e quanto dessa receita foi auferida por cartões, cheque, dinheiro ou outro tipo de pagamento. Assim, as três primeiras colunas de apuração (fl. 06) se referem aos valores coletados nas planilhas e nas DASN's, sendo: Receita = dinheiro + cartão (coluna 1 = 2 + 3). Diz que na quarta coluna importou os valores TEF fornecidos pelas administradoras; a quinta coluna se refere à diferença entre os valores importados TEF e os apresentados pelo contribuinte no quesito venda na forma de cartão; a sexta coluna traz a base de cálculo do tributo mensal de acordo com a LC 123/06 e na sétima coluna apura a receita acumulada levando em consideração as DASN's.

Pois bem, seguindo essa indicação do autuante, temos: a) as planilhas de fls. 07, 08 e 09, são os Relatórios de Informação TEF – Anual de 2007, 2008 e 2009, respectivamente, retirados do sistema de informações da SEFAZ (DARC – GEIEF), nelas apenas registrando valores autorizados para cartões de débito e crédito, e não planilhas a ele fornecidas pelo contribuinte. Ademais, o AI registra período compreendido entre 2007 a 2010.

A fl. 06 dos autos consiste no Termo de Arrecadação de livros e documentos e não na planilha de apuração, como informa.

Compulsando os autos, encontramos a planilha de apuração nas fls. 21 e 22, sendo que nesta, as colunas que indicou não correspondem aos seus registros, pois a coluna 1 é a do MÊS, a 2 e não a 1 registra a RECEITA, que por sua vez corresponde à soma das colunas 3 (DINHEIRO) + 5 (CARTÃO) e não 2 (RECEITA) + 3 (DINHEIRO). Os valores importados do TEF constam da sexta coluna e não quarta.

Na oitava coluna da planilha de apuração o autuante registrou a base de cálculo do imposto reclamado e nela consiste o mais grave e insanável equívoco desta autuação, pois o autuante nela incluiu valores que registrou na própria planilha como oriundos de vendas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, que, como visto na legislação acima citada, não compõem a base de cálculo de tributação no regime simplificado do Simples Nacional.

Considerando que a situação em pauta não se subsume à disposição do §1º do art. 18 do RPAF, em prestígio dos princípios da celeridade e economia processual, e, em especial, da verdade material, com fundamento no art. 18, II, IV, “a” e § 1º do RPAF/99, voto pela NULIDADE do Auto de Infração, com representação à autoridade competente para que determine a renovação da ação fiscal, a salvo dos equívocos ora citados.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **210617.0010/11-9**, lavrado contra **AXÉ MADEIREIRA LTDA**. Recomenda-se que seja renovado o procedimento fiscal em relação aos itens julgados nulos, a salvo das falhas apontadas.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de agosto de 2012.

PAULO DANILO REIS LOPES – PRESIDENTE

JORGE INÁCIO DE AQUINO – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA