

PROCESSO - A. I. Nº 222567.0019/11-8
RECORRENTE - JOSÉ EDIVAN FERNANDES (SHOPPING DAS UTILIDADES)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF Nº 0272-02/13
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET - 16/05/2014

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0104-11/14

EMENTA. ICMS. RECURSO VOLUNTÁRIO. SIMPLES NACIONAL. VENDAS EM CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. REGISTRO EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS. Não há nos autos elementos capazes de comprovar que as operações de vendas com recebimento por meio de cartão de crédito foram tributadas regularmente. Preliminar rejeitada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes de Recurso Voluntário, em razão da Decisão proferida pela 2ª JJF, constante no Acórdão nº 0272-02/13, que concluiu pela Procedência do Auto de Infração epígrafado, lavrado em 20/09/2012, em razão das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1 – Falta de recolhimento do ICMS referente a omissão de saídas de mercadorias tributadas, presumida por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito e de débito em valores inferiores aos valores fornecidos por instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito. Período de janeiro de 2010 a julho, e dezembro de 2011. Valor de R\$3.043,38.

INFRAÇÃO 2 – Efetuiu recolhimento a menor do ICMS declara donos prazos regulamentares, referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuintes devidos por microempresas e empresa de pequeno porte – Simples Nacional, implicando em não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menor. Período: julho de 2010 a outubro de 2011. Valor de R\$2.269,78.

Após análise dos argumentos delineados pelo Autuado e pelo fiscal Autuante, a 2ª JJF proferiu a Decisão unânime, transcrita abaixo (fls. 1.104/1.110):

"Analisando a arguição de nulidade, com base na preliminar de que o ato de lavratura do Auto de Infração foi praticado por servidor incompetente, por não ter sido lavrado por um Auditor Fiscal, mas sim por um Agente de Tributos Estaduais, verifico não assistir razão ao defendente, senão vejamos.

A competência legal, no Estado da Bahia, para que agentes de tributos efetuem lançamento tributário, decorreu da aprovação e promulgação da Lei nº 11.470/09 que transferiu a atribuição de lavrar Auto de Infração, antes privativa dos Auditores Fiscais, àquela categoria integrante do grupo fisco, isto a partir de 1º de julho de 2009. Assim dispôs o artigo 1º, parágrafo único, da Lei em referência, dispositivo que abaixo transcrevo para melhor elucidar a questão:

Art. 1º - Os parágrafos 1º, 2º e 3º do art. 107 da Lei nº 3.956, de 11 de dezembro de 1981, que institui o Código Tributário do Estado da Bahia, passam a vigorar com a seguinte redação:

§ 1º - A função fiscalizadora será exercida pelos Auditores Fiscais e pelos Agentes de Tributos Estaduais.

§ 2º - Compete aos Auditores Fiscais a constituição de créditos tributários, salvo na fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e de empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional.

§ 3º - Compete aos Agentes de Tributos Estaduais a constituição de créditos tributários decorrentes da fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional.

Parágrafo único - A aplicação do disposto no caput deste artigo dar-se-á a partir de 1º de julho de 2009.

Logo, neste processo, por se tratar o autuado de contribuinte optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuintes devidos por microempresas e empresa de pequeno porte – Simples Nacional, o autuante na condição de Agente de Tributo Estadual tem competência para lavrar o Auto de Infração objeto do presente processo administrativo fiscal.

Quanto aos aspectos constitucionais abordados na defesa por entender o autuado que a legislação acima citada atribuindo função fiscalizadora ao ATE vai de encontro aos princípios constitucionais previsto no artigo 37 da CF/88, destaco a regra estabelecida pelo art. 167, I do RPAF/99 que retira do órgão julgador administrativo a competência para a declaração de inconstitucionalidade ou negativa de aplicação de Lei, decreto ou ato normativo.

Sobre a preliminar argüida pelo autuado de que por inobservância de preceitos legais específicos quanto aos fatos geradores das respectivas infrações como infringidos, o que lhe impossibilitou de exercer o seu direito constitucional da ampla defesa, relativamente as informações constantes no programa de geração de cupom fiscal denominado de SIAF - Sistema Integrado de Administração Financeira e homologado pela SEFAZ, onde ficam armazenados todos os dados referente a qualquer tipo de venda, no seu estabelecimento, inclusive as realizadas com pagamento em cartão de crédito ou débito, registro que o processo foi baixado em diligência a pedido do órgão julgador, conforme despacho de fls.1.089, sendo reaberto o prazo de defesa por trinta dias, e entregues todos os levantamentos e demonstrativos necessários para que o sujeito passivo exercesse com plenitude a ampla defesa e o contraditório, como veremos por ocasião do exame do mérito.

Portanto, a esta altura processual, não há porque se falar em nulidade do lançamento tendo em vista que foram entregues ao sjeito passivo as Planilhas do AUDIG – fls. 13 a 25; Relatório Diário Operações TEF – fls. 76 a 109; TAB_REDUÇÃO_Z – fls. 109 a 172; documentos suficientes e esclarecedores da origem dos débitos lançados no Auto de Infração, não cabendo alegação de que não foi demonstrado o débito lançado no Auto de Infração.

Da mesma forma, não cabe a argüição de nulidade por cerceamento do direito de defesa, uma vez que nas planilhas que embasaram a autuação, desde a formação inicial e durante a fase processual, constam esclarecimento da descrição correta das infrações, especificando mês a mês os valores que foram declarados pelo próprio contribuinte na PGDAS, notas fiscais, e nos valores informados pelas administradoras de cartões de crédito, nota por nota, fato que possibilitou ao autuado exercer seu amplo direito de defesa.

Portanto, não prospera a argüição de não observância de preceitos legais específicos quanto aos fatos geradores das respectivas infrações. Quanto a alegação de apresentação de novas planilhas com novos cálculos, também não assiste razão ao defendente, pois os demonstrativos e planilhas entregues ao autuado, por determinação do órgão julgador, são os mesmos que serviram de base a autuação. Além do mais, a entrega de levantamentos fiscais, ainda que refeitos, o que não é o caso deste processo, encontra amparo no §1º do artigo 128 do RPAF/99. Sobre a alegação de dados imprecisos, como dito acima, houve a reabertura do prazo de defesa com a entrega de todos os documentos e levantamentos que instruem a autuação, e caberia ao autuado apontar objetivamente quais os dados imprecisos que entende existir nas aludidas planilhas, o que não foi feito.

Assim, não está comprovada nos autos a existência de vícios formais que comprometam a eficácia da autuação fiscal, cujas questões que envolvam eventuais erros na apuração do débito ou falta de comprovação do cometimento da infração, serão objeto de apreciação por ocasião do exame do mérito, ficando rejeitadas as preliminares de nulidade requeridas nas razões de defesa, por não encontrar amparo em nenhum nos incisos I a IV do artigo 18 do RPAF/99.

No mérito, no item 01 foi exigido o ICMS sobre a omissão de saída de mercadorias, por presunção legal, apurado por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou débito em valor inferior ao informado pelas instituições financeiras e administradoras de cartões.

Já o item 02, faz referência a valores deixados de recolher pelo Regime Especial Unificado de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, devido a erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menor.

O débito lançados nas infrações acima citadas foram apurados com base nas planilhas eletrônicas constantes às fls.13 a 25, cuja receita normal está relacionada, mês a mês, enquanto que as operações com cartão de crédito/débito foram informadas pelas administradoras de cartão de crédito através do Relatório TEF por operação.

No caso dos débitos das infrações em questão, estes foram calculados tomando por base o total da receita declarada na DASN mais a receita omitida em decorrência da diferença entre os TEF Diários informados pelas

administradoras para os valores declarados neste modo de pagamento, e posteriormente, obtidos novas faixas de receita para fins de determinação da alíquota cabível para cada período, e determinado os valores devidos após a dedução dos valores comprovadamente recolhidos no período.

Ressalto que, no caso do item 01, a autuação está fundamentada no § 4º do artigo 4º, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.542 de 27/12/02, efeitos a partir de 28/12/02, que prevê in verbis: “O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção”.

Desta forma, a declaração de vendas em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, independente de ter ocorrido através de ECF ou através da emissão de notas fiscais, indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com Recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, cabendo ao contribuinte comprovar a improcedência dessa presunção legal.

O autuado recebeu cópia dos Relatórios TEF Diários por Operações, em suas manifestações não apresentou nenhum demonstrativo que pudesse elidir a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, nem que houve erro na apuração da falta de recolhimento e de recolhimentos a menor de valores referentes ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições.

Ante o exposto, considero subsistentes a infrações de que cuidam este processo, tendo em vista que as questões formais suscitadas na defesa não prosperaram, haja vista a legalidade no ato de lançamento pelo autuante, bem como pela comprovada entrega dos documentos e demonstrativos que embasam as infrações, não havendo, assim, qualquer vício nos demonstrativos que instruem a autuação, cujas razões defensivas não foram capazes de elidir os valores lançados no Auto de Infração.

Constato, de ofício, que na infração 01, foi aplicada a multa de 150%. Embora não tenha havido questionamento da multa por parte do autuado, porém, sendo o lançamento um ato vinculado, na tipificação da multa do citado item, foi indicado o art. 44, I, e § 1º, da Lei federal nº 9.430/96. Ocorre que a penalidade de 150%, prevista no art. 44, I e § 1º da Lei nº 9.430/96, não está corretamente aplicada. O percentual da multa, no caso em concreto, será de 75%. O art. 71 da Lei 4.502/64, estabelece que deverá ser duplicado o percentual da multa, na hipótese da existência de dolo, fraude ou conluio. No caso, não há prova nos autos de que tenham ocorridos tais figuras. Portanto, o percentual aplicado passa para 75% (art. 44, I, Lei 9.430/96).

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração."

Inconformado com a Decisão proferida em primeira instância, interpõe o Autuado Recurso Voluntário, às fls. 1.121/1.128, com o propósito de modificar o acórdão guerreado.

Suscita nulidade do Auto de Infração, em razão de ter sido lavrado por um Agente de Tributos, e não por um Auditor Fiscal.

Entende que a alteração do RICMS/1997 que atribuiu a função fiscalizadora aos Agentes de Tributos é inconstitucional e viola os princípios constitucionais previstos no art. 37 da CF.

Ainda em sede de preliminar, requer nulidade do Auto de Infração sob o seguinte argumento: *“Da mesma forma, É NULO DE PLENO DIREITO o presente Auto de Infração, eis que, com a determinação da 2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL para realização de DILIGÊNCIA, restou demonstrado nos autos, de forma inequívoca, a NÃO observância de preceitos legais específicos quanto aos fatos geradores das respectivas infrações alegadas como cometidas, já que, com a apresentação de novas planilhas com novos cálculos, por si só, já é motivo de nulidade do presente auto, pois não é possível no curso do procedimento fiscal em questão, o autuado exercer seu direito de AMPLA defesa, confrontando os novos cálculos e novas planilhas, com os documentos fiscais referentes aos fatos geradores apontados pelo autuante”.*

No mérito, assevera que o presente Auto de Infração foi apurado com base nas informações das administradoras de cartão de crédito/débito, solicitadas, unilateralmente, pelo autuante, sem qualquer autorização judicial, violando o devido processo legal.

Ressalta que não houve dolo por parte do recorrente, o que impediria ao Fisco solicitar e obter informações das administradoras de cartão de crédito/débito, sem o devido processo legal e

autorização judicial.

Ao final, pugna pela nulidade ou pela improcedência do Auto de Infração.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra o Acórdão nº 0272-02/13, prolatado pela 2ª JF, que julgou Procedente o Auto de Infração epígrafado, em razão de omissão de saída de mercadorias tributáveis apuradas por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito e débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, bem como falta de recolhimento do imposto referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, devido a erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menos.

Pela análise do quanto trazido aos autos, não há reparo a fazer na Decisão recorrida.

Afasto a preliminar de nulidade do Auto de Infração, pois os fatos geradores das infrações que compõem o lançamento estão bem determinados, a descrição é clara e os elementos constitutivos do débito tributário estão descritos nos demonstrativos que acompanham o Auto de Infração, dos quais o recorrente recebeu cópia, facilitando, assim, o pleno exercício do direito de defesa. Também ressalto que o imposto cobrado no Auto de Infração em epígrafe está em conformidade com a legislação aplicável.

O Recorrente recebeu a cópia de todos os demonstrativos, tendo pleno conhecimento dos motivos da autuação e exercido o seu direito de defesa, em observância ao RPAF, não logrando êxito em indicar equívocos ou vícios no procedimento adotados pela fiscal Autuante.

Do mesmo modo, não acolho a preliminar de incompetência da autoridade fiscal autuante, pois sendo ocupante do cargo de Agente de Tributos Estaduais tem habilitação legal para a atribuição de constituição deste crédito tributário, conforme art. 7º, III, da Lei nº 8.210/02, cuja redação original foi alterada pela Lei nº 11.470/09. Estando estes dispositivos legais vigentes e tendo em vista a disposição contida no art. 167, IdO RPAF, a apreciação de inconstitucionalidade fica prejudicada nessa Instância Administrativa de Julgamento Fiscal, por faltar a este Colegiado competência para tanto.

Na análise do mérito, melhor sorte não assiste ao Recorrente.

A alegação de que o PAF é improcedente por não ter havido autorização judicial colide com o que preconiza o § 3º, do art. 1º, do Convênio ECF nº 01/01 - que se constitui em permissivo normativo para que as administradoras de cartão de crédito prestem informações à Secretaria de Fazenda Federal, Estadual, Distrital e Municipal -, inexistindo, portanto, qualquer ilegalidade, como, equivocadamente, o contribuinte considerou.

Também as regras dos arts. 35-A da Lei nº 7.014/96 e o art. 824-W do RICMS/BA, impõem expressamente que as administradoras prestem esses esclarecimentos ao Fisco, legislação estadual essa que está consonante com o disposto no referido convênio, por onde concluo que tal prestação de informações não se constitui violação do dever de sigilo.

O procedimento adotado pelo autuante na apuração do imposto tem guarida no art. 4º, §4º da Lei nº 7.014/96, foram confrontados os valores registrados na redução Z com os informados mensalmente no Relatório TEF e apurado diferença de valores, cabendo ao Recorrente provar a improcedência da presunção, que não o fez.

Foram disponibilizado todo o detalhamento das informações fornecidas pelas administradoras de cartão de crédito e o Recorrente não utilizou a prerrogativa de comprovar a improcedência da presunção legal que lhe fora imposta, com fundamento no §4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96.

O art. 123 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/BA, assegura ao sujeito

passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, referentes às suas alegações. Neste processo, verifico que o Sujeito Passivo apenas nega a infração que lhe foi imputada, por isso, compreendo tal justificativa apenas como negativa do cometimento da infração, o que não o desonera de provar a presunção fiscal, situação prevista pelo art. 143 do RPAF/99.

Para elidir a infração caberia ao sujeito passivo apontar os valores das vendas com cartão de crédito/débito não considerado pelo autuante no procedimento fiscal. Tal comprovação poderia ter sido efetuada através da apresentação de quaisquer documentos fiscais, juntamente com os boletos de vendas por meio de cartão de débito/crédito, para provar a inexistência das diferenças apontadas no Auto de Infração, o que não ocorreu.

As alegações do recorrente foram insuficientes pois não atacam o cerne da presunção, ele não se desobrigou de colacionar provas documentais, capazes de comprovar à inexistência da omissão de saídas, por conseguinte essas diferenças geraram reflexos na infração 01, pois modificou a receita bruta declarada ao Simples Nacional, e consequentemente, surgindo o imposto cobrado.

Em assim sendo, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo inalterada a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **222567.0019/11-8**, lavrado contra **JOSÉ EDIVAN FERNANDES (SHOPPING DAS UTILIDADES)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$5.313,16**, acrescido da multa de 75%, prevista no art. 44, I, da Lei Federal nº 9.430/96 com a redação dada pela Lei nº 11.488/07, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de abril de 2014.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

RAISA CATARINA OLIVEIRA ALVES FERNANDES – RELATORA

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS