

A. I. N° - 010492.0015/14-9
AUTUADO - GILBERTO SILVA BRITO DE MEDEIROS NETO
AUTUANTE - ELIZABETE VIANA DA SILVA SOBRINHO
ORIGEM - INFRAZ TEIXEIRA DE FREITAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 19/10/2016

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0197-03/16

EMENTA: ICMS. 1. SIMPLES NACIONAL. MICROEMPRESA. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. Infração comprovada, de acordo com os demonstrativos elaborados pela autuante. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NOS DOCUMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A diferença entre o valor das vendas efetuadas com pagamentos por meio de cartão de crédito e o valor informado pelas administradoras constitui presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis. Retificada a multa da infração 02. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 18/12/2014, refere-se à exigência de R\$29.958,97 de ICMS, acrescido das multas de 75% e 150%, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01 – 17.02.01: Recolhimento efetuado a menos do ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, implicando não recolhimento de parte do imposto, devido a erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menor, nos meses de janeiro a dezembro de 2012; janeiro a dezembro de 2013. Valor do débito: R\$11.759,52. Multa de 75%.

Infração 02 – 17.03.02: Omissão de saídas de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões, com dolo, nos meses de janeiro a dezembro de 2012; janeiro a dezembro de 2013. Valor do débito: R\$18.199,45. Multa de 150%.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 83 a 89 do PAF. Requer a nulidade da presente da intimação sobre o Auto de Infração, com base no art. 18, inciso II do RPAF, alegando preterição do direito de defesa. Diz que foi intimado em 19/12/2014, para oferecer defesa no prazo de 30 (trinta) dias, no entanto a Lei 13.199/14 dobrou tal prazo para a apresentação de defesa referente a Auto de Infração, passando de 30 (trinta) para 60 (sessenta) dias. Entende que se torna nula de pleno direito a intimação em questão, por preterição de prazo para defesa, devendo, por conseguinte, ser expedida uma nova intimação com observância da Lei acima declinada.

Também requer a nulidade do presente auto de infração, com base no art. 18, inciso I do RPAF, afirmando ser o mesmo oriundo de ato praticado por servidor incompetente, eis que, não fora lavrado por um Auditor Fiscal, mas sim por uma Agente de Tributos Estaduais.

Diz que no caso em tela, em que pese a redação atual do art. 42 dada pelo Decreto n° 11.806, DOE de 27/10/09, com efeitos a partir de 01/07/09, em que atribui função fiscalizadora aos Agentes de Tributos, entende que se trata de alteração inconstitucional, que vai de encontro aos princípios constitucionais previstos no art. 37 da nossa Constituição Federal.

Afirma que a redação original, com efeitos até 30/06/09, do art. 42, era bem clara, ao afirmar, sem sombra de dúvidas, que "A lavratura do Auto de Infração é de competência privativa dos Auditores Fiscais". Indaga como atribuir competência para os Agentes de Tributos, cargo de nível médio, se estes não foram submetidos a concurso público para Auditor Fiscal, cargo de nível superior. Alega que tal questão encontra-se *sub judice*, no STF, em sede da ADIN de nº 4233.

Salienta que o auto de infração é um ato jurídico que produz efeitos jurídicos e, como tal, exige todos os requisitos para tanto, ou seja, que o agente seja capaz, que o objeto seja lícito, possível, determinado ou determinável, e que obedeça à forma prescrita ou não defesa em lei (artigo 104 do CC). E mais, é um ato administrativo, ou seja, é um ato jurídico praticado por autoridade pública, que tem por finalidade apurar infrações, mas sempre de maneira vinculada, ou seja, seguindo as exatas prescrições da lei.

Ressalta que na modalidade de ato vinculado o auto de infração deve conter os exatos e precisos ditames determinados na lei específica, o que, sem observância a esses ditames, acarreta, por certo, a nulidade do ato, como é o caso dos autos, que já nascera morto. Sobre a Teoria das Nulidades reproduz ensinamentos de Hely Lopes Meirelles.

Afirma que o presente auto de infração é um ato administrativo praticado em desconformidade com as prescrições em seu procedimento formativo devendo ser decretado nulo, afastando seus efeitos principais e secundários, já que o mesmo, vai de encontro com os princípios norteadores da administração pública, previstos constitucionalmente. Diz que a alteração do art. 42 do RPFA, que atribui função fiscalizadora aos Agentes de Tributos é inconstitucional, para não dizer ilegal e imoral, tornando o presente auto de infração nulo de pleno direito.

Requer a nulidade do presente auto de infração, com base no art. 18, incisos II e IV do RPAF-BA, reafirmando que o mesmo foi praticado com preterição do direito de defesa, tendo em vista a não observância de preceitos legais específicos quanto aos fatos geradores das respectivas infrações alegadas como infringidas, o que impossibilitou o autuado de exercer o seu direito constitucional de ampla defesa.

Entende que no presente caso, embora a autuante tenha elaborado Demonstrativo de Débito, acompanhado de Anexos (Apuração da Divergência das Vendas com Cartão de Crédito (TEF); Cálculo da Receita Apurada; e Análise ICMS do Simples Nacional a Reclamar), não cuidou de juntar aos autos a documentação comprobatória das infrações, consoante impõe o inciso II do art. 41 do RPAF do Estado da Bahia. Com isto afirma que a defesa ficou prejudicada em relação a ausência de tal documentação, tornando-se assim, o Auto de Infração em comento, nulo de pleno direito.

Afirma que, se a fiscalização tivesse o intuito de aferir de forma isenta o crédito tributário em questão, não teria preterido os documentos acima apontados no seu levantamento fiscal. Diz que o referido levantamento fiscal é nulo de pleno direito, tendo em vista a ausência de documentação comprobatória das infrações constantes no Atuo de Infração, conforme dispõe o art. 41 do RPAF-BA, que reproduziu.

Requer a nulidade do presente auto de infração, com base no art. 18, incisos II do RPAF, por ter sido o mesmo praticado com preterição do direito de defesa. Em relação à infração 02, tendo em vista a não observância do direito constitucional do sigilo bancário, diz que o fisco baiano não pode autuar estabelecimentos comerciais, em fiscalização de recolhimento do ICMS, com base em informações de vendas de cartões de crédito e débito sem autorização judicial.

Afirma que são ilegais e inconstitucionais as informações supostamente obtidas pela autuante junto às administradoras de cartão de crédito sem autorização judicial, conforme consta na infração 02.

Requer, finalmente, a nulidade da multa de 150% (cento e cinquenta por cento), aplicada na infração 02, com base no art. 18, inciso IV do RPAF, por ausência da devida fundamentação, para caracterização do dolo alegado.

Caso ultrapassadas as preliminares acima arguidas, adentra no mérito da questão, consoante fatos e fundamentos expostos.

Informa que a empresa tem como nome de fantasia – OCEANO FRUTAS E VERDURAS, cuja atividade econômica principal, é do ramo do comércio varejista de hortifrutigranjeiros, onde, desde a data de sua abertura, em 09/11/1999, sempre observou a legislação tributária.

Diz que se viu surpreso com a notificação do presente Auto de Infração, em 19/11/2014, acusando débito fiscal no valor de R\$29.958,97 (vinte nove mil e novecentos e cinquenta e oito reais e noventa e sete centavos), e demais encargos legais, sem a devida comprovação das infrações alegadas, bem como, de aplicação de multa abusiva de 150% (cento e cinqüenta por cento), sem a fundamentação e comprovação do dolo no período fiscalizado, de 01/01/2012 a 31/12/2013.

Assegura que não praticou qualquer ilícito fiscal, quer antes ou depois do período fiscalizado, razão pela qual, afirma que não poderá prosperar o entendimento da autuante quanto às infrações apontadas, devendo ser anulado o mesmo ou julgado insubstancial, para que se faça a verdadeira justiça no âmbito administrativo tributário.

Reafirma que não praticou as infrações constantes no presente Auto de Infração, ressaltando que está enquadrado em regime simplificado, denominado de SIMPLES NACIONAL, que prevê apuração do ICMS de acordo com o valor gradativo, pagando apenas uma alíquota fixada em lei, e dispensadas diversas formalidades exigidas pelo regime normal.

Diz que se impõe a improcedência do presente auto. Requer a declaração de sua nulidade, consoante arguição em preliminares e, no mérito, a improcedência do referido auto de infração.

A autuante presta informação fiscal às fls. 99 a 111 dos autos. Em relação às questões preliminares argüidas pelo defensor, afirma que o presente Auto de Infração foi lavrado por um servidor designado para constituir crédito tributário em estabelecimento de empresa de pequeno porte, um Agente de Tributos Estaduais com função fiscalizadora e competência para constituir o crédito tributário, conforme Lei Estadual nº 11.470, de 08/04/2009. Reproduz trechos da mencionada lei que comprovam a atribuição fiscalizadora para a constituição do crédito tributário aos Agentes de Tributos Estaduais.

Sobre a alegação de inconstitucionalidade da legislação estadual, lembra que o processo administrativo não é foro para apreciar arguição de inconstitucionalidade, cabendo tal função ao Poder Judiciário.

Diz que também não merece prosperar a alegação de que o cargo de Agente de Tributos é de nível médio, haja vista que conforme o art. 8º, inciso I da Lei 8.210/2002, tratando de ingresso do servidor no cargo de Agente de Tributos Estaduais.

Em relação ao argumento de nulidade da autuação, com base no inciso II do art. 18 do RPAF/BA, entende que não merece prosperar, afirmando que o defensor não observou os preceitos legais específicos quanto aos fatos geradores das infrações impostas.

Diz que embora o Auto de Infração, em sua página 3 faça menção de que o prazo de defesa é de trinta dias a partir da data da ciência do teor do auto de infração, tal prazo foi modificado pela Lei 13.199/14 para 60 dias. Afirma que tal menção do prazo inferior no auto de infração não prejudicou o defensor, porque somente é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Entende que haveria preterição do direito de defesa, caso a mesma fosse apresentada após o prazo de trinta dias e fosse indeferida e arquivada, mas esse fato não aconteceu. Cita e transcreve o art. 132 da mencionada Lei 13.199/2014.

No tocante ao pedido de nulidade sob a alegação de houve quebra de sigilo fiscal, informa que a infração 02 foi imposta com base em informações prestadas por Administradora de cartão de crédito/débito e não, junto às instituições financeiras. Entende que não há que se falar em quebra

de sigilo bancário e as operações com cartão de crédito/débito são obrigadas pela Lei 7.014/96 a prestarem tais informações ao Fisco, conforme art. 35-A da referida Lei.

Em relação ao argumento defensivo de que a autuante não observou os preceitos legais específicos quanto aos fatos geradores das irregularidades apontadas no Auto de Infração, apresenta informações sobre cada item da autuação. Diz que a falha do autuado em não ter levado a documentação no momento da ciência do Auto de Infração não deve ser aproveitado em seu favor e não é motivo para tornar o auto de infração nulo. Ao dar ciência do Auto de Infração, o autuado atestou que recebeu os livros e documentos fiscais que embasaram a autuação, e ainda que fosse da autuante a omissão, entende que não seria motivo para tornar o auto de infração nulo.

Também afirma que deve ser fornecida ao Contribuinte, pelo órgão preparador, no ato da intimação, mídia com os arquivos das notas fiscais de saídas, reduções Z, e o relatório mensal das vendas efetuadas por meio de cartões de débito/crédito referente ao período fiscalizado, com a indicação do prazo de dez dias para o autuado se manifestar.

Sobre a multa de 150%, questionada pelo defensor, informa que o dolo apontado na infração 02 é dolo específico que se materializou no momento em que o autuado deixou de pagar o ICMS por omissão de saídas de mercadorias tributáveis, por ter informado receita de venda com pagamento em cartão de débito/crédito em valor inferior ao informado por Administradora de Cartões.

Cita os arts. 34 e 35 da Lei Complementar 123/06 e o art. 44, inciso I e seu § 1º, além do art. 71, inciso I da Lei Federal 9.430/06. Comenta sobre os “elementos que determinam a infração” e os “elementos que determinam o infrator”, concluindo que o presente auto de infração contém todos os elementos que determinam a infração e o infrator.

Quanto ao mérito, afirma que o defensor tenta provar que sendo vendedor de hortifrutigranjeiros estaria isento do pagamento do ICMS. Entretanto, o mesmo é optante pelo Simples Nacional e recolhe o ICMS com base na receita bruta mensal sobre a qual é aplicado um percentual previsto no Anexo I da Lei Complementar 123/06.

Acrescenta que a venda a varejo de hortifrutigranjeiros não é a atividade preponderante do autuado, sendo esta o comércio varejista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios. Volta a contestar as alegações defensivas em relação ao levantamento referente a cartão de crédito/débito e conclui que o presente Auto de Infração deve ser julgado procedente em sua totalidade e afastadas todas as argüições preliminares de nulidade e as alegações de mérito.

O defensor foi intimado sobre a informação fiscal e se manifestou às fls. 499 a 501, alegando que a autuante, ao prestar suas informações, em relação à concessão de prazo legal, confessa a não observância de preceito legal da Lei 13.199/14, que modificou o prazo para defesa do Auto de Infração, de 30 para 60 dias, entendendo que não houve prejuízo para a impugnação.

Afirma que a administração pública tem o dever de velar pela estrita observância ao princípio constitucional da legalidade, sob pena de nulidade de seus atos, razão pela qual, uma vez não concedido o prazo legal para a defesa, irremediavelmente torna nulo o ato praticado.

Em relação à quebra do sigilo bancário, diz que a autuante se equivoca, porque todas as operações com cartão de crédito estão protegidas pelo manto constitucional da inviolabilidade do sigilo bancário, que só pode ser quebrado através de autorização judicial ou consentimento expresso da parte prejudicada, sob pena de nulidade.

Também alega que foi concedido prazo exíguo de dez dias para o defensor exercer seus direitos sobre os documentos que foram extemporaneamente juntados aos autos. Diz que a apresentação de tais documentos nesta fase processual, por si só, já é motivo de nulidade do presente auto, com a concessão de curto espaço de tempo para o autuado exercer seu direito de

defesa, já que é impossível cotejar todos os documentos juntados aos autos em prazo inferior a sessenta dias para fins de descaracterização das duas infrações.

Comenta que não foram acolhidas as alegações defensivas quanto à multa de 150%. Diz que o legislador foi claro ao determinar a graduação para aplicação de multa, de acordo com as hipóteses do fato gerador existente. Entende que as confissões da autuante e a apresentação de documentação com sugestão de concessão de prazo exíguo de apenas dez dias para manifestação do autuado viola dispositivos constitucionais que regem a administração pública.

Requer a desconsideração da informação fiscal e nulidade da autuação, alegando falta de observância da legislação fiscal. No mérito, reitera o pedido de improcedência do Ato de Infração.

À fl. 505 esta 3ª Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em diligência à Infaz de origem solicitando que a autuante juntasse o Relatório Diário Operações TEF.

Em seguida, a repartição fiscal intimasse o autuado e lhe fornecesse, mediante recibo, os mencionados Relatórios de Informações TEF – Diários e cópia dos demonstrativos (AUDIG), referentes aos exercícios fiscalizados, com a indicação do prazo de 60 (SESSENTA) DIAS para se manifestar, querendo, reabrindo o prazo de defesa.

Após a juntada do Relatório Diário Operações TEF, o deficiente foi intimado e apresentou nova impugnação às fls. 682 a 690. Requeru a nulidade do presente Auto de Infração, com base no art. 18, inciso I do RPAF/BA, alegando ser o mesmo praticado por servidor incompetente. Diz que o auto de infração não fora lavrado por um Auditor Fiscal, mas sim por uma Agente de Tributos Estaduais. Citou a legislação pertinente e indagou como atribuir competência para os Agentes de Tributos, cargo de nível médio, se estes não foram submetidos a Concurso Público para Auditor Fiscal, cargo de nível superior.

Afirma que, na modalidade de ato vinculado, o auto de infração deve conter os exatos e precisos ditames determinados na lei específica, e sem observância a esses ditames, acarreta nulidade do ato. Sobre a teoria das nulidades, reproduz ensinamentos do Professor Hely Lopes Meirelles.

Também pede a nulidade do auto de infração, alegando cerceamento do direito de defesa, pela não observância de preceitos legais específicos quanto aos fatos geradores das respectivas infrações apontadas. Diz que a defesa foi cerceada quando o deficiente foi notificado para oferecer defesa em prazo inferior ao previsto em lei.

Afirma que a referida nulidade é patente, com as informações fiscais apresentadas, restando evidentes os equívocos praticados na autuação, com a não observância de preceitos legais específicos quanto aos fatos geradores das respectivas infrações. Entende que a apresentação de novos documentos, após a autuação, por si só, já é motivo de nulidade do presente Auto de Infração. Diz que ficou prejudicado em relação aos dados imprecisos e contraditórios, sem respaldo fático documental, tornando-se o Auto de Infração em comento, nulo de pleno direito.

Também entende que não há possibilidade de reabertura das discussões sobre a matéria autuada nesta fase processual, porque a autuação deve ser certa e precisa, sem preterição de defesa, não podendo, em tese, permanecer o processo administrativo fiscal em permanente litígio com informações fiscais, seguidas de manifestações do autuado. Em face dos novos documentos apresentados pela autuante, entende que o Auto de Infração nasceu morto, e deveria ser declarado nulo de plano, ou, na pior das hipóteses, o crédito tributário exigido pela fiscalização julgado improcedente.

Ressalta que embora a autuante reconheça que o autuado é optante pelo Simples Nacional, deixou de observar a legislação específica para o caso em questão. Afirma que não podem prosperar as informações fiscais apresentadas com base em documentos que deveriam ter sido apresentados quando da autuação.

Comenta sobre a quebra do sigilo fiscal sem a devida autorização judicial quando foi efetuado levantamento relacionado ao cartão de débito ou crédito. Diz que a defesa ficou prejudicada em relação à ausência de documentação obrigatória quando da lavratura do Auto de Infração.

Requer, ainda, a nulidade do Auto de Infração, com base no art. 18, inciso II do RPAF/BA, em relação à infração 02, alegando inobservância do direito constitucional do sigilo bancário. Entende que o Fisco não pode autuar estabelecimentos comerciais com base em informações obtidas junto às administradoras de cartão de crédito, sem autorização judicial.

Afirma que o TEF não era obrigatório e as vendas de mercadorias passavam pela máquina de cartão de crédito eram somadas na apuração do imposto para o controle do caixa e do estoque. Diz que não pode o Fisco cobrar duplamente imposto, já que fora recolhido regularmente, principalmente quando se constata que as saídas relacionadas nesta infração já tiveram seus impostos apurados e regularmente recolhidos, inclusive, em valores superiores aos valores do TEF.

Alega que torna ilegal qualquer documento obtido sem autorização judicial para fins de comprovação da presente infração, o que faz com que o crédito tributário seja nulo de pleno direito.

Requer, finalmente, a nulidade da multa de 150%, aplicada na infração 02, com base no art. 28, inciso IV do RPAF, por ausência da devida fundamentação, para caracterização do dolo alegado. Caso ultrapassadas as preliminares argüidas, adentra no mérito da autuação fiscal.

Informa que é uma empresa que tem como nome fantasia Oceano Frutas e Verduras, cuja atividade econômica principal é do ramo do comércio varejista de hortifrutigranjaneiros, e desde a data de sua abertura, sempre observou a legislação tributária.

Comenta sobre os itens da autuação fiscal e afirma que não praticou qualquer ilícito fiscal, quer antes ou depois do período fiscalizado, razão pela qual, entende que não poderá prosperar o Auto de Infração, devendo ser anulado ou mesmo julgado insubsistente.

Ressalta que está enquadrado em Regime Simplificado, denominado Simples Nacional, que prevê a apuração do ICMS de acordo com o valor gradativo, pagando apenas uma alíquota fixada em lei, dispensando diversas formalidades exigidas pelo Regime Normal.

Quanto à infração 02, reafirma que o TEF não era obrigatório e as vendas de mercadorias passavam pela máquina de cartão de crédito e eram somadas na apuração do imposto para o controle do caixa e do estoque.

Repete a alegação de que não pode o Fisco cobrar duplamente imposto que já fora recolhido, principalmente quando se constata que as saídas relacionadas nesta infração já tiveram seus impostos apurados e regularmente recolhidos, inclusive em valores superiores aos valores do TEF. Pede a improcedência do presente Auto de Infração. Juntou Extratos Mensais do simples Nacional, relativos aos exercícios de 2011 e 2012.

A autuante prestou nova informação fiscal às fls. 752/753. Diz que, em atendimento ao pedido de diligência, juntou ao presente PAF os Relatórios Diários de Operações TEF correspondentes aos exercícios de 2012 e 2013. Tais relatórios foram fornecidos ao defensor pelo autuante a pedido deste Órgão Julgador, sendo também fornecidas as cópias da AUDIG (anexos 1 a 3) e todos os demonstrativos citados, que foram fornecidos mediante recibo, conforme fl. 679, assinado em 18/02/2016, quando foi dado conhecimento ao defensor da diligência de fl. 505, tendo sido reaberto o prazo de defesa, de sessenta dias.

Informa que apesar de intimado regularmente a apresentar demonstrativo dos boletos emitidos pelas vendas realizadas com cartões de débito/ crédito e respectivos documentos fiscais, bem como o demonstrativo da proporcionalidade das entradas e saídas de mercadorias tributáveis, isentas, não tributáveis e mercadorias sujeitas à substituição tributária, no prazo de sessenta dias, contados da ciência da intimação, o autuado não apresentou no prazo estipulado. Limitou-se a

apresentar a mesma peça defensiva já protocolizada no posto de atendimento da SEFAZ em Teixeira de Freitas, com pequenas ou quase nenhuma alteração no texto.

Afirma que a defesa protocolizada sob o nº 061536/2016-1 faz-se acompanhar de documentos não solicitados por este CONSEF e que nada acrescenta ao julgamento, haja vista que foram anexados aos autos demonstrativo de parcelamento do Simples Nacional, período de apuração 02/2009 a 01/2012 e extrato mensal do Simples Nacional dos exercícios fiscalizados, 2012 e 2013.

Apresentou o entendimento de que, caso tenha havido alguma omissão no levantamento fiscal, esta foi devidamente sanada, quando o CONSEF encaminhou o presente PAF em diligência para que cumprisse o quanto exposto no pedido, tanto por parte da Inspetoria quanto pelo autuado, inclusive, abrindo novo prazo de defesa, de sessenta dias, para o deficiente se manifestar.

Diz que a Inspetoria cumpriu o solicitado na diligência, intimou e forneceu ao deficiente Relatórios Diários de Operações TEF com os valores das vendas realizadas por meio de cartão de débito/ crédito e cópias dos demonstrativos AUDIG referentes aos exercícios fiscalizados. Na intimação fez constar a recomendação da Junta de Julgamento Fiscal, mas o autuado não apresentou os documentos solicitados.

Finaliza, dizendo que mantém todas as infrações, devendo o presente Auto de Infração ser julgado procedente em sua totalidade, e afastadas todas as arguições de nulidade.

VOTO

O autuado alegou que foi intimado em 19/12/2014, para oferecer defesa no prazo de 30 (trinta) dias, no entanto a Lei 13.199/14 dobrou tal prazo para a apresentação de defesa referente a Auto de Infração, passando de 30 (trinta) para 60 (sessenta) dias. Entende que se torna nula de pleno direito a intimação em questão, por preterição de prazo para defesa, devendo, por conseguinte, ser expedida uma nova intimação com observância da Lei acima declinada.

Conforme estabelece o art. 123 do RPAF/BA, “É assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do auto de infração no prazo de sessenta dias, contados da data da intimação”. A redação atual do caput do mencionado artigo foi dada pelo Decreto nº 15.807, de 30/12/14, DOE de 31/12/14, efeitos a partir de 01/01/15.

A redação originária, com efeitos até 31/12/14, previa o direito de fazer a impugnação do lançamento, pelo sujeito passivo, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da intimação”. Como o presente Auto de Infração foi lavrado em 18/12/2014 e a ciência no dia 19/12/2014, nas mencionadas datas ainda não havia entrado em vigor a alteração da legislação que aumentou o prazo de impugnação, para sessenta dias.

Vale salientar, que em virtude da juntada de elementos que não haviam sido anexados aos autos quando da lavratura do Auto de Infração, houve reabertura do prazo de sessenta dias para o deficiente apresentar nova impugnação. Assim, considero superada a alegação defensiva de irregularidade na concessão do prazo de defesa.

O deficiente alegou que a autuante não cuidou de juntar aos autos a documentação comprobatória das infrações, consoante impõe o inciso II do art. 41 do RPAF do Estado da Bahia. Com isto afirmou que a defesa ficou prejudicada em relação à ausência de tal documentação, tornando-se assim, o Auto de Infração em comento, nulo de pleno direito.

Apresentou o entendimento de que não haveria possibilidade de reabertura das discussões sobre a matéria autuada nesta fase processual, porque a autuação deve ser certa e precisa, sem preterição de defesa, não podendo, em tese, permanecer o processo administrativo fiscal em permanente litígio com informações fiscais, seguidas de manifestações do autuado.

Quando se constata a existência de erro na apuração do imposto devido, ou ausência de provas documentais, encaminha-se o PAF em diligência para a necessária correção e intimação imediata ao sujeito passivo quanto à mencionada correção, como foi observado no presente PAF. Na

avaliação do mérito da autuação, a omissão de documentação comprobatória, alegada pelo defensor, também será comentada neste voto.

O defensor também requereu a nulidade do presente auto de infração, com base no art. 18, inciso I do RPAF, afirmando ser o mesmo oriundo de ato praticado por servidor incompetente, eis que, não fora lavrado por um Auditor Fiscal, mas sim por uma Agente de Tributos Estaduais.

O art. 42 do RPAF/BA prevê que a função fiscalizadora será exercida pelos auditores fiscais e pelos agentes de tributos estaduais. Essa redação atual do mencionado artigo 42 foi dada pelo Decreto nº 11.806, de 26/10/09, DOE de 27/10/09, efeitos a partir de 01/07/09.

Na redação original, com efeitos até 30/06/09, é que previa lavratura de Auto de Infração de competência privativa dos Auditores Fiscais, na constituição de créditos tributários, exceto na fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e de empresas de pequeno porte que fossem optantes pelo Simples Nacional. Como o presente Auto de Infração foi lavrado em 18/12/2014, nesta data já se encontrava em vigor a alteração da legislação atribuindo ao agente de tributos estaduais a competência para fiscalização e lavratura de Auto de Infração contra empresas inscritas no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional.

Vale salientar que não se inclui na competência deste órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.269/99.

O impugnante apresentou o entendimento de que, embora a autuante tenha elaborado Demonstrativo de Débito, acompanhado de Anexos (Apuração da Divergência das Vendas com Cartão de Crédito (TEF); Cálculo da Receita Apurada; e Análise ICMS do Simples Nacional a Reclamar), não cuidou de juntar aos autos a documentação comprobatória das infrações, consoante impõe o inciso II do art. 41 do RPAF do Estado da Bahia. Com isto afirma que a defesa ficou prejudicada em relação a ausência de tal documentação, tornando-se assim, o Auto de Infração em comento, nulo de pleno direito.

Quanto a esta alegação, por determinação desta Junta de Julgamento Fiscal foram entregues ao defensor as cópias do Relatório TEF e de todos os demonstrativos elaborados pela autuante, sendo reaberto o prazo de defesa, de sessenta dias. Dessa forma, considero que foram sanadas as irregularidades processuais alegadas pelo defensor.

Em relação à infração 02, o defensor alegou que não foi respeitado o direito constitucional do sigilo bancário, e que o fisco baiano não pode autuar estabelecimentos comerciais, em fiscalização de recolhimento do ICMS, com base em informações de vendas de cartões de crédito e débito sem autorização judicial.

O art. 35-A da Lei 7.014/96 estabelece que “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”. Portanto, não há necessidade de decisão judicial para obter os dados constantes dos arquivos das administradoras de cartão de crédito, que enviam os dados à SEFAZ.

Os mencionados relatórios enviados pelas administradoras de cartões de débito ou de crédito são utilizados para levantamento fiscal, e se não fossem analisados pelo Fisco não haveria motivos para constar na legislação a obrigatoriedade para as administradoras em relação ao envio à SEFAZ dos valores correspondentes a cada operação realizada.

Como já mencionado anteriormente, não se inclui na competência deste órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.269/99.

Rejeito a preliminar de nulidade argüida pelo defensor, uma vez que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a

ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e não se encontram os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para determinar a nulidade do presente lançamento.

No mérito, o primeiro item do Auto de Infração se refere ao recolhimento a menos do ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devido pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, implicando não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou de alíquota aplicada a menos, nos meses de janeiro de 2010 a dezembro de 2011.

Este primeiro item do Auto de Infração está relacionado com a infração 02. Em virtude disso, os demonstrativos do item 2º são compartilhados com os do item 1º, e em tal situação os documentos utilizados na elaboração dos demonstrativos do item 2º também se referem a este item da autuação.

No levantamento fiscal, a autuante adicionou às vendas declaradas os valores das omissões constatadas nos respectivos meses, apurando a receita. Foi efetuada a segregação e apuração da omissão de acordo com a proporcionalidade da receitas de mercadorias da substituição tributária, conforme estabelece o § 4º do art. 18 da Lei Complementar 123 de 14/12/2006. Com a nova receita calculada é que foram apurados os débitos constantes nas infrações 01 e 02 deste Auto de Infração, sendo observadas as alíquotas constantes no Anexo 1 da Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006.

Observo que o Simples Nacional foi instituído pela Lei Complementar 123/2006, que estabelece um tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime único de arrecadação, inclusive obrigações acessórias.

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 do caput e dos §§ 1º e 2º do art. 18 da Lei Complementar 123/06.

De acordo com o § 4º do art. 18 da referida Lei Complementar 123/2006, o contribuinte deverá considerar destacadamente, para fins de pagamento do imposto: a) as receitas decorrentes da revenda de mercadorias; b) as receitas decorrentes da venda de mercadorias industrializadas pelo contribuinte; c) as receitas decorrentes da prestação de serviços, bem como a de locação de bens móveis; d) as receitas decorrentes da venda de mercadorias sujeitas a substituição tributária; e) as receitas decorrentes da exportação de mercadorias para o exterior, inclusive as vendas realizadas por meio de comercial exportadora ou do consórcio previsto na referida Lei Complementar. Portanto, foi efetuada análise dos documentos do autuado, relativos ao Simples Nacional, sendo considerados no levantamento fiscal os valores declarados na DASN ou recolhido pelo contribuinte, conforme a coluna F do demonstrativo “ANÁLISE DO ICMS SIMPLES A RECLAMAR” em cada exercício fiscalizado.

O item 02 do Auto de Infração trata de omissão de saída de mercadoria tributada presumida, apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões, nos meses

Foi apurada diferença entre o valor das vendas efetuadas com pagamentos por meio de cartão de crédito/débito e o valor informado pelas administradoras, e tal fato constitui presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, consoante o disposto no § 4º, do art. 4º, da Lei 7.014/96:

“Art. 4º

§ 4º 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”.

Trata-se de exigência de imposto por presunção legal, o que poderia ser totalmente elidido pelo sujeito passivo, tendo em vista que neste caso, cabe ao impugnante exibir provas de que não cometeu a infração, nos termos do art. 123 do RPAF/99.

O defensor afirmou que o TEF não era obrigatório e as vendas de mercadorias passavam pela máquina de cartão de crédito eram somadas na apuração do imposto para o controle do caixa e do estoque. Com esta afirmação, verifica-se que não houve emissão de documentos fiscais correspondentes às operações de vendas com cartão de crédito/débito.

Não assiste razão ao defensor quando afirmou que não pode o Fisco cobrar duplamente imposto, que já fora recolhido regularmente, considerando que os valores declarados na DASN ou recolhidos foram deduzidos do cálculo do imposto exigido no presente lançamento, conforme a coluna F do demonstrativo “ANÁLISE DO ICMS SIMPLES A RECLAMAR”.

Não acato as alegações defensivas, considerando que o comprovante do cartão de crédito/débito deve estar vinculado ao documento fiscal emitido pelo contribuinte. Trata-se de exigência de vinculação do documento fiscal ao meio de pagamento da operação ou prestação, sendo realizado o confronto entre o total de vendas efetuadas pelo contribuinte de acordo com os documentos fiscais emitidos e os correspondentes valores dos cartões de crédito/débito, fornecidos por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito.

À época dos fatos geradores, o autuado estava inscrito no Simples Nacional, na condição de empresa de pequeno porte e foi apurada operação realizada sem documentação fiscal, ficando o contribuinte obrigado a recolher o tributo devido em decorrência da prática da infração apurada por meio do levantamento fiscal.

Não se trata de comparar as vendas realizadas com o montante das operações com cartões de crédito/débito, e sim o confronto entre o total de vendas efetuadas pelo contribuinte de acordo com os documentos fiscais emitidos e os correspondentes valores dos cartões de crédito/débito, fornecidos por instituições financeiras e administradoras de cartões.

O defensor alegou não observância do direito constitucional do sigilo bancário, e afirmou que o fisco baiano não pode autuar estabelecimentos comerciais, em fiscalização de recolhimento do ICMS, com base em informações de vendas de cartões de crédito e débito sem autorização judicial.

Como já mencionado na preliminar de nulidade, não assiste razão ao defensor, considerando a previsão constante no art. 35-A, da Lei 7.014/96, de que “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”.

Vale salientar, que à fl. 505 esta 3ª Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em diligência à Infaz de origem solicitando que a autuante juntasse o Relatório Diário Operações TEF, e que a repartição fiscal intimasse o autuado e lhe fornecesse, mediante recibo, os mencionados Relatórios de Diários de Informações TEF e cópia dos demonstrativos (AUDIG), referentes aos exercícios fiscalizados, com a indicação do prazo de 60 (sessenta) dias para se manifestar, querendo, reabrindo o prazo de defesa.

Embora o defensor tenha apresentado novas razões de defesa, como bem ressaltou a autuante, a peça defensiva contém as mesmas alegações de nulidade e pedido de improcedência da autuação fiscal, apenas com algumas alterações do texto original.

Se fosse comprovado que houve operações com cartão registradas como se fossem em dinheiro ou outro tipo de pagamento, a apresentação dos boletos e respectivos documentos fiscais seriam objeto de exclusão no levantamento fiscal. Entretanto, tal comprovação não foi alegada nem acostada aos autos e não consta que foi apresentada quando da realização da ação fiscal.

Entendo que estão caracterizadas as infrações apontadas, sendo devido o imposto calculado nos demonstrativos AUDIG elaborados pela autuante, tendo sido apurado o débito considerando a condição do autuado como optante pelo Simples Nacional. Concluo pela subsistência das infrações 01 e 02, nos valores constantes no demonstrativo de débito.

Quanto à multa constante na autuação, que também foi contestada pelo defendant, a sua aplicação na infração 01 é consequência da falta de recolhimento espontâneo do imposto, o que resultou na lavratura do presente Auto de Infração, tendo sido indicado corretamente o percentual de 75%, com base no art. 35 da LC 123/06 combinado com o art. 44, I da Lei 9.430/96 e art. 16, inciso I da Resolução CGSN N° 30 de 07/02/2008.

Os mencionados dispositivos legais estabelecem que “*o descumprimento de obrigação principal devida no âmbito do Simples Nacional sujeita o infrator às seguintes multas:*

I - 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença do tributo não pago ou recolhido (art. 44, I, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, com a Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)”.

De acordo com o § 1º do art. 44 da Lei 9.430/96 e inciso II do art. 16 da Resolução CGSN N° 30 de 07/02/2008, aplica-se a multa de 150% (cento e cinqüenta por cento) sobre a totalidade ou diferença do tributo não pago ou recolhido, nos casos previstos nos artigos 71 (sonegação), 72 (fraude) e 73 (conluio) da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964. Neste caso, a legislação estabelece que multa duplicada quando forem identificadas as hipóteses descritas nos referidos artigos 71, 72 e 73 da Lei 4.502/1964, quais sejam sonegação, fraude e conluio.

Para se aplicar o mencionado dispositivo legal de forma a duplicar a multa para 150% é necessário estar caracterizado nos autos o dolo, elemento subjetivo que não pode ser presumido, devendo ficar demonstrado e comprovado. No caso em exame, a autuante, fundamentou a exigência do imposto como omissão de saídas e não apontou, sequer, qual dos três ilícitos descritos na Lei 4.502/64 que teria motivado a duplicação da multa exigida, apenas indicando que houve dolo.

Assim, considerando as definições referentes à sonegação, fraude e conluio constantes nos arts. 71, 72 e 73 da Lei 4.502, de 30/11/1964, entendo que não houve no presente PAF o registro de fatos que comprovem a existência dos referidos elementos para ensejar a aplicação da multa no percentual de 150%, devendo ser reduzida a referida multa aplicada na infração 02, para 75%.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **010492.0015/14-9**, lavrado contra **GILBERTO SILVA BRITO DE MEDEIROS NETO - ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$29.958,97**, acrescido da multa de 75%, prevista no art. 35 da LC 123/06; art. 44, I, da Lei Federal nº 9.430/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de setembro de 2016

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA