

PROCESSO - A. I. Nº 010492.0015/14-9
RECORRENTE - GILBERTO SILVA BRITO DE MEDEIROS NETO (OCEANO FRUTAS E VERDURAS) - ME
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0197-03/16
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 13/06/2017

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0157-12/17

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 2. Rejeitada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário interposto pela autuada em razão do Acórdão 3ª JJF Nº 0197-03/16, que julgou Procedente o Auto de Infração nº 010492.0015/14-9, lavrado em 18/12/2014, para exigir ICMS no valor histórico de R\$29.958,97, em razão das infrações a seguir descritas.

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%.

A 3ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia de 28/09/2016 (fls. 758 a 768) e decidiu pela Procedência, por unanimidade. O acórdão foi fundamentado nos seguintes termos:

“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 defendente apresentar nova impugnação. Assim, considero superada a alegação defensiva de irregularidade na concessão do prazo de defesa.

O defendente 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 defendente, também será comentada neste voto.

O defendente 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 à 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 defendente 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 defendente.

Em relação à infração 02, o defendente 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 autuado, 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 I da Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006.

Observe 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 defendente 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 defendente 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 defendente 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 defendente, 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 defendente 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 defendente, 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 Nº 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 Nº 30 de 07/02/2008, aplica-se a multa de 150% (cento e cinquenta 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.”

Inconformado, com fundamento no art. 169, I, “b” do Decreto nº 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), o contribuinte interpôs Recurso Voluntário às fls. 779 a 785, mediante o qual aduz as seguintes razões.

Preliminarmente, alega que a autuação fiscal é nula de pleno direito, considerando-se, que: 1) Oriundo de ato praticado por servidor incompetente, eis que, NÃO fora lavrado por um AUDITOR FISCAL, mas sim por uma AGENTE DE TRIBUTOS, ELISABETE VIANA DA SILVA SOBRINHO, cadastro 130104924 (art. 18, inciso I do RPAF); 2) Por ter sido o mesmo praticado com preterição do direito de defesa da AUTUADA, tendo em vista a não observância de preceitos legais específicos quanto aos fatos geradores das respectivas infrações alegadas como infringidas, o que impossibilitou a AUTUADA de exercer o seu direito constitucional de AMPLA defesa (art. 18, incisos II e IV do RPAF); 3) Por ter sido o mesmo praticado com preterição do direito de defesa da AUTUADA, em relação a INFRAÇÃO 02, tendo em vista a não observância do direito constitucional do SIGILO BANCÁRIO (art. 18, incisos II do RPAF).

Em relação à PRIMEIRA PRELIMINAR, afirma que não há 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. Informa que tal questão, inclusive, encontra-se sub judice, no STF, em sede da ADIN de nº 4233.

Em relação à SEGUNDA PRELIMINAR, afirma que a RECORRENTE foi cerceada no seu direito da AMPLA DEFESA, quando notificada para oferecer defesa em prazo inferior ao previsto em lei.

Argumenta que, como se não bastasse o ato acima, praticado pela AUTUANTE de flagrante preterição do direito de defesa da AUTUADA, o auto de infração é lavrado sem a devida documentação comprobatória, eis que, muito 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.

Alega que tal NULIDADE é patente, com as INFORMAÇÕES FISCAIS apresentadas nos autos, que restou claro e evidente os equívocos praticados na autuação, com a NÃO observância de preceitos legais específicos quanto aos fatos geradores das respectivas infrações alegadas como cometidas. Ressalta que o fato de haver A APRESENTAÇÃO DE NOVOS DOCUMENTOS, APÓS A AUTUAÇÃO, POR SI SÓ, JÁ É MOTIVO DE NULIDADE DO PRESENTE AUTO, EIS QUE, A AUTUADA FICOU PREJUDICADA EM RELAÇÃO AOS DADOS IMPRECISOS E CONTRADITÓRIOS, SEM RESPALDO FÁTICO DOCUMENTAL, TORNANDO-SE ASSIM, O AUTO DE INFRAÇÃO EM COMENTO, NULO DE PLENO DIREITO.

Assim, entende pela impossibilidade de reabertura das discussões sobre a matéria autuada, durante fase processual, visto que a AUTUAÇÃO DEVE SER CERTA E PRECISA, SEM PRETERIÇÃO DE DEFESA, não podendo assim, em tese, permanecer o processo administrativo fiscal em permanente litúgio com informações fiscais, seguidas de manifestações da autuada, em face de novos documentos apresentados pela AUTUANTE, motivo pelo qual, o auto em questão NASCEU MORTO, onde, deveria ter sido declarado como NULO de plano ou na pior das hipóteses, o crédito exigido pela fiscalização julgado improcedente.

Finalmente, em relação à TERCEIRA PRELIMINAR, afirma que a AUTUANTE, sem a devida

autorização judicial para quebra de sigilo fiscal, fez o levantamento de débito de cartão de crédito pela informação do relatório fornecido pela operadora de Cartão de Crédito, cujo imposto fora recolhido regularmente, principalmente, inclusive, em valores superiores aos valores do TEF que estão sendo reivindicados, consoante documentação juntada aos autos pelo RECORRENTE/AUTUADO (Parcelamento, Extratos mensais dos anos de 2011 e 2012, do Simples Nacional). Conclui, portanto, que o levantamento feito pela AUTUANTE, É NULO DE PLENO DIREITO, tendo em vista a ausência de documentação comprobatória das infrações constantes no dito Auto de Infração, conforme dispõe o Art. 41 do RPAF, cujo texto transcreve.

Alega 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. Assim, entende que não pode o FISCO cobrar duplamente imposto que já 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 que estão sendo reivindicados.

Informa que, sobre a questão, o entendimento do TJ/RJ, com base em decisão do STJ, é que, verificando-se que a "quebra" do sigilo fiscal do contribuinte foi feita sem determinação judicial e sem o cumprimento do disposto no art. 6º da LC 105/2001, é NULO DE PLENO DIREITO, consoante EMENTA que transcreve.

Conclui, portanto, que a quebra do sigilo bancário torna ilegal qualquer documento obtido sem autorização judicial ou procedimento preliminar administrativo, para fins de comprovação da presente infração, que, por consequência, faz com que o crédito exigido seja NULO de pleno direito.

No mérito, alega que o direito reclamado pelo fisco estadual não existe, consoante ficará demonstrado, pelas razões a seguir, pois O RECORRENTE/AUTUADO, GILBERTO SILVA BRITO DE MEDEIROS NETO – ME, 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. Informa que, no entanto, viu-se surpreso com a notificação em 19/11/2014 do presente Auto de Infração de 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 cinquenta por cento) SEM A DEVIDA FUNDAMENTAÇÃO da comprovação do DOLO, no período fiscalizado de 01/01/2012 a 31/12/2013. Isto porque, explica, o RECORRENTE/AUTUADO, NÃO PRATICOU qualquer ilícito fiscal, quer antes ou depois do período fiscalizado no presente auto de infração, razão pela qual não poderá prosperar o entendimento da agente fiscal AUTUANTE, quanto às infrações supostamente infringidas, devendo, por conseguinte ser anulado o mesmo ou julgado insubsistente, para que se faça a verdadeira justiça, no âmbito administrativo tributário. Assim, considerando-se a ausência de qualquer documentação comprobatória, conclui-se, sem sombra de dúvida, que o RECORRENTE/AUTUADO não praticou as infrações constantes no presente Auto de Infração.

De outra banda, ressalta que, o RECORRENTE/AUTUADO é 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.

Ressalta, ainda, que, em relação à Infração 2, 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. Nesse sentido, argumenta que não pode o FISCO cobrar duplamente imposto que já 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 que estão sendo reivindicados, consoante documentação juntada aos autos, pelo RECORRENTE/AUTUADO

(Parcelamento, Extratos mensais dos anos de 2011 e 2012, do Simples Nacional), o que, em tese, torna ilegal qualquer documento obtido, sem autorização judicial ou sem procedimento administrativo prévio, para fins de comprovação da presente infração, que, por consequência, faz com que o crédito exigido seja NULO de pleno direito.

Conclui, portanto, que, uma vez insubsistente o auto de infração, impõe-se, a REFORMA do ACÓRDÃO, ora recorrido, com o PROVIMENTO do presente recurso.

Ante ao exposto, requer o PROVIMENTO do presente Recurso Voluntário, para REFORMAR o Acórdão, ora recorrido, declarando-se o presente Auto de Infração como NULO DE PLENO DIREITO ou insubsistente, por falta de fato gerador do crédito tributário cobrado no referido Auto de Infração.

Termos em que, pede e espera deferimento.

VOTO

Preliminarmente, quanto à alegação de nulidade ao argumento de que o auto de infração foi praticado por servidor incompetente, não merece guarida, pois os Agentes de Tributos Estaduais possuem competência para exercer a função fiscalizadora, conforme dispõe o art. 107 do Código Tributário do Estado da Bahia, em seus §§ 1º e 3º, cujo texto vai reproduzido a seguir.

“Art. 107. Compete à Secretaria da Fazenda a fiscalização e arrecadação dos tributos estaduais.

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

...

§ 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.”

Considerando que o estabelecimento autuado enquadra-se como microempresa optante pelo Simples Nacional, é inquestionável que o preposto fiscal possui competência para a lavratura do presente auto de infração.

Quanto à alegação de que o auto de infração foi praticado com preterição do direito de defesa da recorrente, ao argumento de que lhe foi concedido um prazo de defesa inferior àquele legalmente previsto, é importante destacar que o prazo para apresentação de defesa sofreu alteração no período.

De fato, em 19/12/2014, data em que o sujeito passivo foi intimado para apresentação de impugnação (conforme folha 03 do processo), o prazo regulamentar vigente era de 30 (trinta) dias, em conformidade com o art. 123 do RPAF, com a sua redação originária, abaixo reproduzida.

*“Art. 123. É assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento, medida ou exigência fiscal na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, **no prazo de 30 (trinta) dias** (grifo acrescido), contado da intimação.”.*

O prazo de 60 (sessenta dias), a que se refere a recorrente, somente foi introduzido a partir de 01/01/2015, por força da alteração promovida pelo Decreto nº 15.807, de 30/12/2014, que alterou a redação, conforme abaixo.

“Art. 123. 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.”

Na data da intimação, todavia, o ato jurídico se perfectibilizou e a relação jurídica restou configurada, à luz do ordenamento jurídico então vigente, fixando o prazo de trinta dias, não se admitindo que lei posterior pudesse alterar tal prazo, aumentando-o ou reduzindo-o, sob pena de se instaurar uma atmosfera de insegurança jurídica, efeito abominado pelo direito.

Ademais, houve reabertura do prazo de defesa da empresa, conforme folha 505 do processo, tendo-lhe sido concedido um prazo de sessenta dias. Assim, não assiste razão à Recorrente.

Quanto à alegação de que o auto de infração foi lavrado sem a documentação comprobatória, noto que a 3ª JF corrigiu tal vício, tendo determinado que os relatórios TEF's fossem anexados ao processo, ao tempo em que reabriu o prazo de defesa, conforme se depreende da solicitação de diligências à folha 505, cumprida às folhas 508/680. Por conseguinte, não é de se acolher a alegação recursal neste ponto.

Quanto à alegação de violação ao sigilo bancário da Recorrente, também não merece acolhida, pois o Supremo Tribunal Federal já decidiu, no julgamento da ADI 2.859/DF (relatado pelo Ministro Dias Toffoli), que o acesso às informações bancárias pelo fisco não representa violação à Constituição Federal, mas o exercício legítimo de uma prerrogativa estatal consistente na fiscalização do correto cumprimento do dever fundamental de pagar tributos, conforme se depreende da leitura de trecho do acórdão, abaixo reproduzido.

“Dentre esses deveres, consta o dever fundamental de pagar tributos, visto que são eles que, majoritariamente, financiam as ações estatais voltadas à concretização dos direitos do cidadão. Nesse quadro, é preciso que se adotem mecanismos efetivos de combate à sonegação fiscal, sendo o instrumento fiscalizatório instituído nos arts. 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/2001 de extrema significância nessa tarefa.

(...) Não deve o Estado brasileiro prescindir do acesso automático aos dados bancários dos contribuintes por sua administração tributária, sob pena de descumprimento de seus compromissos internacionais.”

Assim, rejeito as alegações de nulidade suscitadas pela Recorrente.

Quanto ao mérito, o sujeito passivo deduz alegações genéricas, sem vinculá-las, especificamente, a qualquer das duas infrações. Examino-as, por conseguinte, com a generalidade que a abordagem foi proposta, conforme a seguir.

Embora o contribuinte assegure que não praticou a infração, deve-se ressaltar que o lançamento foi efetuado com base em uma presunção de omissão de saídas, prevista no art. 4º, § 4º, inciso VII da Lei 7.014/96, conforme abaixo.

“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:

...

VII - valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte como sendo recebidos por meio de cartão de crédito ou débito inferiores aos informados pelas respectivas administradoras.

...”

Ou seja, considerando que o valor declarado pela empresa (como recebido mediante cartão) apresenta-se inferior àquele informado pelas administradoras de cartão de crédito/débito, deve o sujeito passivo desincumbir-se do ônus probatório de provar a inoccorrência do ilícito fiscal, não bastando a simples negativa.

O fato de o contribuinte enquadrar-se no regime simplificado não elide a autuação, pois a autoridade fiscal levou tal aspecto em consideração, já que inicialmente lançou a receita omitida considerando a alíquota de 2,84% em que estava enquadrada a empresa (Infração 2). Em seguida, foi apurada a repercussão dessa receita omitida no reenquadramento do contribuinte, tendo sido cobradas as diferenças daí decorrentes (Infração 1).

Quanto à alegação de que as vendas de mercadorias eram contabilizadas duplamente nas máquinas de cartão de crédito, faz-se necessário que o sujeito passivo acoste ao processo provas de suas alegações, pois o trabalho fiscal foi feito a partir do confronto das reduções “Z”, apresentadas pela empresa, com as informações prestadas pelas administradoras, conforme se encontra demonstrado às folhas 10 (exercício de 2012) e 34 (exercício de 2013).

Foram lançadas as diferenças sempre que as informações das administradoras revelaram-se superior aos valores declarados pela empresa. Considerando-se que o valor informado pelas entidades financeiras representa o numerário que foi, efetivamente, transferido à empresa, não há

como se admitir que tenha havido alguma duplicidade nessa contabilização.

Por fim, quanto à abusividade da multa proposta, resta prejudicada tendo em vista que a JJF já acolhera tal pleito, tendo reduzido o seu percentual para 75%, com base no inciso I do art. 44 da Lei nº 9.430/96, abaixo reproduzido.

“Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

...

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

...”

Não poderia, o autuante duplicar o percentual da multa, pois não há prova de que tenha havido dolo, elemento que não pode ser presumido.

Diante do exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 **010492.0015/14-9**, lavrado contra **GILBERTO SILVA BRITO DE MEDEIROS NETO (OCEANO FRUTAS E VERDURAS) - ME**, devendo ser intimado o recorrente 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, 04 de maio de 2017.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS