

A. I. Nº - 210585.0022/14-0
AUTUADO - PJM COMÉRCIO DE EQUIPAMENTOS DOMÉSTICOS E UTILIDADES DO LAR
AUTUANTE - MARIA GRACIETH INVENÇÃO
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 29.04.2015

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0061-04/15

EMENTA: ICMS. 1. SIMPLES NACIONAL. IMPACTO DA PRESUNÇÃO DE SAÍDAS NÃO TRIBUTADAS NO ICMS A RECOLHER. RECOLHIMENTO A MENOS. O imposto a recolher sofre acréscimos em decorrência da inclusão, no faturamento, dos novos valores de saída apurados. 2. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. VENDAS COM PAGAMENTOS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS POR FINANCEIRAS OU ADMINISTRADORAS DOS CARTÕES. LEVANTAMENTO DA DIFERENÇA. OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. A declaração de vendas feitas pelo sujeito passivo, por meio de cartões de crédito e/ou débito, em valores inferiores àquelas informadas pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autoriza a presunção legal de omissão de saídas anteriores de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto. O autuado não elide a acusação fiscal. Infrações subsistentes. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 03/11/2014, exige ICMS no valor de R\$29.986,93, sob a acusação do cometimento das seguintes irregularidades à legislação tributária deste Estado:

Infração 01 - Omissão de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de vendas com pagamentos em cartões de crédito ou de débito em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões – sem dolo. Meses de: maio e julho a dezembro de 2012, janeiro a outubro e dezembro de 2013. Valor: R\$15.060,29 e multa de 75%.

Infração 02 - Efetuiu recolhimento a menos de ICMS declarado, referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições Devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), implicando, desta forma, em não recolhimento de parte do imposto, devido a erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menos. Meses de: janeiro, maio e julho a dezembro de 2012 e exercício de 2013. Valor: R\$14.926,64 e multa de 75%.

Impugnando o lançamento fiscal (fls. 61/71) por representante legalmente constituído, a empresa, preliminarmente, apresenta breve síntese das infrações a ela imputadas e da tempestividade de sua defesa para, em seguida, afirmar não haver qualquer razão em ser exigido o tributo ora contestado. Salienta que goza de condições especiais por encontra-se enquadrada no Simples Nacional e que recolheu o ICMS devido em valor integral e realizou as declarações das receitas auferidas condizentes com o fluxo de seu comércio.

Em seguida, afirma de que houve quebra de seu sigilo bancário, sem a autorização judicial. Diante do ordenamento jurídico em vigência, sobretudo em recentes posições do STJ e STF, tal fato jamais poderia ter acontecido, o que desaguava em mácula do Auto de Infração com vício insanável, devendo, pois, ser anulado.

Passa a abordar o mérito da autuação.

Diz ser imperativo aduzir, de pronto, sua condição especial de enquadramento no Simples Nacional. Por conta desta situação recolhe os tributos incidentes sobre sua atividade empresarial mediante documento único de arrecadação, tal como prevê a LC 123/2006.

Trazendo em pauta os objetivos do Simples Nacional, ressalta que a LC nº 123/06, no seu art. 13, estabelece de que os tributos serão recolhidos através do documento único, inclusive o ICMS (inciso XIII). Assim, enquadrado neste regime e tendo adimplido sua obrigação tributária nos moldes que a legislação determina, não pode a autuação prosperar, uma vez que o preposto fiscal *“deixou à margem a condição especial que goza o Contribuinte/Impugnante. Ou seja, atribuiu alíquota “normal” quando em verdade deveria considerar a alíquota especial a qual está o Impugnante submetido, em virtude do regime especial de tributação do Simples Nacional”*.

Em seguida, aborda a violação ao sigilo bancário do “sócio da autuada”, já que inexiste ordem judicial para tanto.

Afirma, segundo relata o fisco, houve o cruzamento das informações fiscais fornecidas pela empresa autuada com outros dados da empresa fornecidos pelas administradoras de cartão de crédito/débito, o que representa uma evidente quebra de sigilo bancário, em manifesta ilegalidade e frontal violação de garantias conferidas ao contribuinte pela CF/88.

Observa que no art. 5º, da CF/88 estão insculpidas diversas garantias, dentre elas, o direito à privacidade (inciso X), o sigilo de correspondências, dados e demais formas de comunicação (inciso XII), bem como, a limitação ao acesso à informação, justamente resguardando o sigilo da fonte quando necessário ao exercício profissional (inciso XIV).

Que após a edição da controversa Lei Complementar nº 105/2001, a interpretação que o Fisco vem adotando é questionável, mesmo porque, o próprio poder de tributar do Estado é limitado, *“extirpando o absolutismo do poder”*. Assim, da forma como foram apurados os dados, causa estranheza o fato de que não existir decisão judicial que autorize o Fisco Estadual em invadir a privacidade e o sigilo bancário do autuado para confrontar dados, como fez. Neste sentido, cita decisão do STF para afirmar que *“somente se houvesse uma ordem direta e expressa, determinada por um Juiz de Direito, é que se poderia admitir a quebra do sigilo bancário e a subsequente produção de prova e/ou argumentação correlata”*.

Sendo situação que não aconteceu na presente autuação, houve um erro de direito que inviabiliza e macula todo o Auto de Infração (violação ao devido processo legal), que além de ter sido elaborado com base em presunção de valores a partir de documentos obtidos sem o devido procedimento legal, ainda atribuiu alíquota do ICMS, desconsiderando o regime especial de tributação ao qual se encontra enquadrado.

Lembra que a própria LC 105/2001 está sob questionamento no STF, onde tramitam cerca de seis Ações Diretas de Inconstitucionalidade (nºs 2.386, 2.389, 2.390, 2.397, 2.406 e 4.006) e, que os contribuintes já obtiveram decisões favoráveis em diversos tribunais, citando exemplos.

Em assim sendo, *“são claras e inequívocas as constatações de que não foram respeitados tais limites pelo Agente Fiscalizador, recobrindo de vícios os lançamentos realizados, corroendo assim sua veracidade, e subsequentemente sua exigibilidade”*.

Por fim advoga: *“Em razão dos argumentos acima destacados, tendo em vista os argumentos expostos alhures, deve o Auto de Infração nº 210585.0022/14-0 ser **julgado improcedente**, afastando a cobrança realizada, e consequentemente extinguindo o crédito fiscal correlato”*.

A autuante, na sua informação fiscal (fls. 105/108), após fazer sucinto histórico dos argumentos de defesa apresenta os seguintes contra pontos:

1. o fato de o impugnante ser optante do regime jurídico do Simples Nacional não o torna diferente das empresas do regime normal de tributação, no que tange as suas obrigações fiscais. Quanto à alegação de que na apuração do imposto foi aplicada a alíquota de 17%, esclarece que no cálculo do imposto do presente auto de infração foram aplicados os percentuais de alíquotas do Simples Nacional, correspondentes à tabela do anexo I da Lei 123/2006, as quais estão descritas nas colunas "G" dos demonstrativos de cálculo (fls. 15/ 22) referentes aos exercícios de 2012 e 2013, respectivamente.

O ICMS declarado e recolhido pela empresa foi abatido do total do ICMS apurado pelo fisco como a seguir informa:

- a) No exercício de 2012 apurou-se o montante R\$30.473,25 (fl. 15, coluna "H") de onde foi abatido o valor de R\$24.435,73 (fls.15, coluna "I") recolhido pela empresa.
- b) No exercício de 2013 apurou-se o total de R\$33.466,10, (fl. 22, coluna "H"), enquanto a empresa declarou e recolheu o valor de R\$9.516,89 (fl. 22, coluna "I").

Portanto o imposto exigido do exercício de 2012 foi da ordem de R\$6.037,52 e do exercício de 2013 de R\$23.949,21.

2. Quanto à alegação de quebra de sigilo bancário, esclarece de que não utilizou nenhuma informação do sócio, mas sim da empresa enquanto pessoa jurídica. Em relação à questão suscitada pela autuada da quebra de sigilo bancário, *"cumpre dizer que existe previsão legal para que as instituições financeiras informem ao fisco as operações efetuadas com uso de cartões de crédito e de débito. O art. 197 do CTN dá respaldo a que os bancos e demais instituições financeiras prestem ao fisco as informações de que disponham relativamente a negócios ou atividades de terceiros, ao tempo que no seu Art. 198, veda a divulgação, para qualquer fim, por parte da Fazenda Pública ou de seus funcionários, de qualquer informação, obtida em razão do ofício, sob pena de responsabilidade criminal"*.

Mantém a autuação.

VOTO

O impugnante traz aos autos, basicamente, duas preliminares de nulidade à ação fiscal e que as confundem com o mérito da autuação.

Na primeira preliminar, aduz que o Fisco desconsiderou a sua condição de enquadramento no Simples Nacional, inclusive que recolhe o imposto através de documento único de arrecadação, conforme prevê o art. 13, da LC nº 123/06. Afora o fato de que foi aplicada alíquota de 17% para cálculo do imposto ao invés dos percentuais a que se sujeitava.

Em qualquer momento, com tal auditoria legalmente constituída pelo Estado da Bahia, o Fisco desconsiderou a forma de pagamento do imposto a que se encontra submetida a empresa autuada. Ao contrário, toda a apuração das irregularidades detectadas foi realizada em total observância à Lei Complementar nº 123/06 (fls. 09/23) e todos os recolhimentos efetuados foram considerados, como informa a autuante quando prestou sua informação fiscal e como se denota dos levantamentos acostados às fls. 16 e 23 dos autos e o imposto dela decorrente obedeceu a determinações do art. 13, XIII, da Lei nº 123/06.

Não existe, nos autos, cálculo do imposto com alíquota de 17%, mas sim, a aplicação dos percentuais, indicados na LC acima nominada para a faixa de tributação a que a empresa encontra-se inserida

No mais, quanto ao fato de contribuinte, mensalmente, recolher o imposto em documento único não afasta, em qualquer hipótese, as auditorias realizadas e em obediência ao disposto no art. 142,

do CTN. E, apenas, observo: o Simples Nacional embora seja “uma cesta de tributos”, englobando aqueles de competência da esfera federal, estadual e municipal, são eles apurados com base na receita bruta auferida pela empresa (art. 18, da LC nº 126/06) e indicados mensalmente cada um de *per si*. Sobre cada um deles é aplicado o percentual indicado na norma legal, que se baseia na receita bruta apurada, e volto a frisar, para cálculo de cada um deles. E cada ente tributante tem a competência de auditá-los.

Diante destas colocações, a preliminar de nulidade ora analisada é afastada, não havendo motivação à ser considerada.

Como segunda preliminar a nulidade da ação fiscal diz o impugnante de que houve violação ao sigilo bancário, inclusive do sócio da empresa, não existindo ordem judicial para tanto. Contesta a Lei Complementar nº 105/2001, citando diversas ADin's existentes e ainda não julgadas pelo STF.

Inicialmente observo de que as informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito e/ou débito não foram informações de qualquer operação realizada pelo sócio da empresa autuada e sim da empresa, que possui inscrição estadual e CNPJ, ou seja, da pessoa jurídica e não física.

Isto posto, o art. 35-A, da Lei nº 7.014/96, prevê o dever das administradoras de cartão de crédito e débito prestarem informações ao fisco estadual sobre os valores referentes a cada operação ou prestação efetuada por contribuintes do imposto. E tal caminho segue o Convênio ECF 01/01, do qual o Estado da Bahia é signatário, ou seja, também prevê que as informações sobre o faturamento de estabelecimento usuário de equipamento emissor de cupom fiscal - ECF serão prestadas ao fisco pelas administradoras de cartão.

Portanto, o fornecimento de informações prestadas pelas operações de cartão de crédito e/ou débito encontra-se amparado por Lei e o STJ já se manifestou em sede de Recurso Repetitivo sobre a possibilidade da utilização de tais informações no REsp 1134665 SP 2009/0067034-4, de relatoria do Min. Luiz Fux e conforme voto do Min. RICARDO LEWANDOWSKI em decisão de 19/12/2013 no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE 789023 / PE – PERNAMBUCO

[....]

6. A quebra do sigilo bancário sem prévia autorização judicial para fins de constituição de crédito tributário não extinto, é autorizada pela Lei 8.021/90 e pela Lei Complementar 105/2001, normas procedimentais, cuja aplicação é imediata, à luz do disposto no artigo 144; § 1º, do CTN' (REsp 1134665/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/11/2009, DJe 18/12/2009) (julgamento proferido sob o regime do art. 543-C do CPC).

No mais, se o impugnante entende que a Lei Estadual é inconstitucional, ou mesmo, discorda das determinações da LC nº 105/2001, ressaltando não ser da competência deste Colegiado, foro administrativo, analisar questões atinentes à inconstitucionalidade de lei, com fundamento no art. 167, I, do RPAF/BA.

Pelo exposto, não posso acatar o argumento do impugnante quanto às alegações de utilização de informações protegidas pelo sigilo bancário que foram quebradas sem autorização judicial.

No mérito, a infração 01 do presente lançamento fiscal trata da omissão de saídas de mercadorias tributáveis, presumida por meio de levantamento de vendas com pagamentos em cartões de crédito ou de débito em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões.

A Lei Estadual nº 7.014/96, que instituiu o ICMS no Estado da Bahia, dispõe que se presume a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar, entre outras, valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte inferiores aos informados por administradoras de cartões de crédito ou débito (art. 4º, § 4º, “b”). Ou seja, a lei estadual presume a falta de emissão de nota fiscal quando das vendas pelo contribuinte de mercadorias tributáveis e, por ser presunção, admite prova em contrário, cabendo

ao sujeito passivo o ônus da prova. E o enquadramento de uma empresa no Simples Nacional não a exclui de ser submetida a todos os procedimentos de fiscalização determinados na norma de regência para averiguação, ou mesmo homologação, dos lançamentos realizados e apresentados ao fisco estadual, uma vez que tal auditoria encontra-se expressamente determinada no art. 34, da LC nº 123/06 que assim expressa: *Aplicam-se à microempresa e à empresa de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos impostos e contribuições incluídos no Simples Nacional.*

E, no mais, cartão de crédito/débito nada mais é do que uma modalidade de pagamento, ou seja, as declarações de vendas do contribuinte às administradoras de cartão de crédito/débito somente são desta modalidade de pagamento dentre as inúmeras existentes.

Embora as informações fornecidas pelas administradoras não sejam um documento fiscal, elas são o lastro que a lei escolheu e determinou (art. 4º, § 4º, da Lei nº 7014/96) para que a fiscalização exercesse suas funções de controle das receitas públicas. E os valores fornecidos pela administradora de cartão de crédito são relativos à integralidade das operações mensais que a empresa efetuou nesta modalidade de pagamento das suas vendas. Assim, o que ora se apura são vendas decorrentes das transações comerciais (com incidência da hipótese do ICMS) realizadas com pagamentos através de cartões de crédito/débito.

A empresa não trouxe aos autos qualquer prova material objetivando desconstituir a infração.

Por seu turno, o autuante de posse do relatório mensal apresentado pelas administradoras de cartões de crédito e/ou débito comparou os valores com os cupons fiscais e notas fiscais emitidas. Calculou a proporcionalidade das mercadorias enquadradas no regime da substituição/antecipação tributária, as excluindo. Apurou a base de cálculo das mercadorias com tributação normal e aplicou, ao final, o percentual (“alíquota”) mensal adequada à condição da empresa.

Pelo exposto, somente posso manter a autuação em sua integralidade.

A infração 02 diz respeito ao recolhimento a menos de ICMS declarado, referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições Devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional)

Existindo omissões de receitas de vendas, fatalmente as informações prestadas pelo recorrente a Receita Federal não são condizentes com as suas reais receitas auferidas. Assim, ao se apurar corretamente o imposto (incluindo as receitas omitidas – infração 01), é possível que o percentual cabível dentre as previstas no Anexo 1 da LC nº 123/06, possa ser modificado, diante dos valores da receita mensal ora constatado.

E, conforme análise, os demonstrativos elaborados pela autuante atendem ao disposto no art. 18, § 1º, da LC nº 123/06, como se pode depreender dos documentos de fls. 10/23. Foi apurada a receita bruta acumulada e, com base nessa receita, foi corretamente aplicada o percentual (“alíquota”) cabível dentre as previstas no Anexo 1 da LC nº 123/06 e determinações do § 3º, do art. 18 acima nominado.

Art. 18. O valor devido mensalmente pela microempresa e empresa de pequeno porte comercial, optante pelo Simples Nacional, será determinado mediante aplicação da tabela do Anexo I desta Lei Complementar

§ 1º Para efeito de determinação da alíquota, o sujeito passivo utilizará a receita bruta acumulada nos 12 (doze) meses anteriores ao do período de apuração

§ 3º Sobre a receita bruta auferida no mês incidirá a alíquota determinada na forma do caput e dos §§ 1º e 2º deste artigo, podendo tal incidência se dar, à opção do contribuinte, na forma regulamentada pelo Comitê Gestor, sobre a receita recebida no mês, sendo essa opção irretratável para todo o ano-calendário.

O autuado, mais uma vez, não trouxe aos autos qualquer prova material visando a desconstituição da infração.

Em assim sendo, a infração 02 é mantida.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210585.0022/14-0**, lavrado contra **PJM COMÉRCIO DE EQUIPAMENTOS DOMÉSTICOS E UTILIDADES DO LAR**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$29.986,93**, acrescido da multa de 75%, prevista no art. 35 da Lei Complementar nº 123/06 e art. 44, I, da Lei Federal nº 9.430/96, de 27/12/96, com redação dada pela Lei nº 11.488 de 15/06/07.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de abril de 2015

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATORA

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR