

A.I. Nº - 152464.0013/15-0
AUTUADO - LDI COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.-ME
AUTUANTE - SANDRA SILVA COSTA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 13/12/2016

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0237-13/16

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. VENDAS EM CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. REGISTRO EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO. Comprovada a omissão da receita, cujo imposto foi exigido mediante o tratamento diferenciado dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte, optantes pelo Regime Especial Unificado de Recolhimento de Tributos e Contribuições – SIMPLES NACIONAL; **b)** RECOLHIMENTO A MENOS. Provado erro na informação da receita e alíquota aplicada a menor. Exigências subsistentes. Rejeitado o pedido de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 18/12/2015, formaliza a constituição de crédito tributário no valor de R\$160.170,23, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

Infração 01 - 17.02.01- Efetuou recolhimento a menor do ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, devido a erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menor referentes aos meses de janeiro/2012 a dezembro de 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$93.915,74, acrescido da multa de 75%. Consta ainda a seguinte informação: " A empresa efetuou recolhimento do Simples Nacional a menor, nos exercícios de 2012, 2013 e 2014, conforme Demonstrativo C2 – Demonstrativo da Falta de Pagamento ou Pagamento a menor do ICMS devido sobre o Faturamento – Simples Nacional, coluna O (anexo)".

Infração 02 - 17.03.16- Presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas por meio de levantamento de venda com pagamento efetuado com cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, sem dolo, nos meses de janeiro/2012 a dezembro de 2014. ICMS no valor de R\$ 66.254,49, acrescido da multa de 75%.

O autuado apresentou defesa (fls. 108 a 113) consignando que na descrição das infrações, caberia o agente responsável mencionar quais os artigos de lei foram infringidos, como determina o art. 39, V do Decreto 7.629/99, que transcreveu.

Afirma que o auto de infração sendo um ato administrativo, como tal deve ser motivado para o fim de conferir aos contribuintes segurança, contraditório e ampla defesa. O dever de motivar está intimamente relacionado à proteção do administrado na medida em que lhe dá acesso a todos os elementos da imputação garantindo, por conseguinte, a correta tipificação do fato e a adequação no enquadramento legal da infração, viabilizando, por conseguinte, a ampla defesa e o contraditório, proteção esta igualmente prevista na Constituição Federal .

Após transcrever o inciso II do art. 18 do Decreto 7.629/99 diz entender que o auto de infração ao enunciar a conduta ilícita do Contribuinte, certamente deveria mencionar não só os dispositivos legais infringidos, como também, aqueles que legalizam a remessa das informações das administradoras para o Fisco Estadual, a exemplo da infração nº 02.

Neste contexto afirma que embora descrita a suposta infração, a autoridade fazendária não explicitou qual a norma haveria o autuado ofendido. No relatório do processo resta apenas menção ao dispositivo que diz que é dever do contribuinte pagar ICMS na forma e no prazo estipulado na legislação estadual. Indaga onde estaria a norma que regulamenta o recolhimento do ICMS nas vendas de mercadoria de cartão de crédito e a norma que determina a obrigatoriedade das operadoras do cartão de crédito fornecer ditas informações.

Aduz que houve cerceamento de defesa ao autuado afirmando que o autuante infringiu o disposto acima ao não definirem de maneira clara qual foi o dispositivo legal infringido e qual o motivo da inidoneidade dos documentos fiscais em baila. Esse fato dificulta, se não impossibilita a defesa.

Portanto, ausente a indicação do dispositivo infringido, nulo o auto de infração.

Prossegue afirmando que a Autoridade Fiscal responsável pela lavratura do auto de infração, no que se refere à infração nº 02, presumiu a ausência de recolhimento de ICMS face à “divergências” que indicavam a falta de emissão de documentos fiscais de saída e, por conseguinte, falta de escrituração de operações de vendas resultando na exigência de R\$ 66.254,49 a título de ICMS supostamente não pago e respectivas multas e juros.

Enfatiza não ter havido saída de mercadorias sem emissão de nota fiscal, bem como o não atendimento aos requisitos previstos na Lei Complementar nº 105/2001 e a inconstitucionalidade de quebra do sigilo fiscal sem ordem judicial.

Entende que somente é legal o exame de registros das instituições financeiras, para fins de respaldar o lançamento tributário, em casos em que dito procedimento é considerado “indispensável” para a ação fiscal.

Aduz que dita indispensabilidade, não configura ato discricionário, pois somente se apresenta juridicamente válido, como todo aquele ato administrativo praticado no seio das relações tributárias, quando estritamente subsumindo aos atos-condição e requisitos prescritos pela própria legislação de regência.

Justamente porque protegidos por sigilo (Constituição Federal, art. 5º, X e XII), os dados financeiros do contribuinte são invioláveis, de modo que a norma vertida no citado art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001 constitui regra de exceção, somente sendo admissível a adoção do seu procedimento fiscal e, concomitantemente, quando a análise de tais informações se apresente imprescindível para possibilitar o lançamento do crédito tributário.

Assim, estando o lançamento tributário respaldado essencialmente em documento probatório obtido em discordância com os pressupostos procedimentais de estilo, afigura-se nulo o auto de infração, pois baseado em prova obtida de forma ilícita, em inobservância aos procedimentos administrativos aplicáveis a espécie.

Pede a declaração da nulidade do lançamento de ofício em razão de não ter havido a saída de mercadoria sem a emissão de nota fiscal, e em face da ausência dos pressupostos prescritos pelo art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001 para possibilitar o lançamento tributário com fulcro nas informações financeiras do Recorrente, ou ainda em razão da declaração de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, da quebra do sigilo bancário sem autorização judicial.

Finaliza requerendo, mais uma vez a nulidade do auto de Infração.

O fiscal designado a prestar a informação fiscal às fls. 118/119 após efetuar um resumo da defesa afirma não haver procedência das alegações de defesa pelos seguintes motivos:

- 1- Consta na folha 02 do auto de infração a tipificação legal na qual está enquadrada a infração 01 e na folha 03 a infração 02.
- 2- No que diz respeito ao alegado cerceamento de defesa pela falta de identificação dos dispositivos legais que normatiza a obrigatoriedade das operadoras fornecerem à Secretaria da Fazenda as vendas realizadas por meio de cartão de crédito esclarece que o artigo 35-A da lei complementar 7014/96 diz: “As administradora de cartão de crédito ou de débito deverão informar ao fisco estadual o valor referente a cada operação ou prestação efetuada por contribuinte do imposto”. Esclarece que trata da lei complementar que instituiu o ICMS no Estado da Bahia, cujo conhecimento é tácito a todo contribuinte.
- 3- Quanto a quebra do sigilo bancário esclarece que a própria Lei complementar nº 105/2001, que versa sobre o sigilo fiscal, autoriza as instituições financeiras a remeterem informações periódicas às administrações tributárias, conforme art. 5º da citada Lei.

Requer a improcedência de todos os argumentos apresentados pelo autuado.

Na assentada de julgamento do dia 13 de junho de 2016 a 6ª JJJ deste Conselho converteu o processo em diligência para que a autuante anexasse ao PAF o demonstrativo analítico que apurou a “Receita Bruta Omitida”, indicando os valores informados no Relatório TEF e as saídas acobertadas com documentos fiscais, através da modalidade de cartão de crédito/débito. Após esta providência, foi solicitado ainda que o autuado fosse intimado, mediante recibo, para entrega dos documentos indicados, concedendo-lhe o prazo de 60 dias, contados da ciência da intimação, para se manifestar, querendo.

Às folhas 135 a 136 a autuante se pronunciou informando que os documentos solicitados na diligência já se encontravam anexados no CD de fl. 102, cuja cópia foi entregue ao contribuinte, conforme comprovante de recebimento de fl. 103.

Foi informado ainda que as diferenças entre os valores informados no Relatório TEF e as saídas acobertadas com documentos fiscais, através da modalidade de cartão de crédito/débito, encontram-se detalhadas no Demonstrativo Z – Demonstrativo da presunção de omissão de receitas, inseridas no referido CD.

Considerando que não foram acostados novos elementos, e a autuante prestou os esclarecimentos indicando os demonstrativos solicitados já se encontravam nos autos, cujas cópias tinham sido entregues ao contribuinte (fl. 103), não houve a necessidade de intimar o autuado para tomar conhecimento sobre o resultado da diligência.

VOTO

No Auto de Infração em epígrafe, o autuado foi acusado de, na condição de inscrito no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições – Simples Nacional, ter recolhido a menor o ICMS em decorrência de erro na informação da receita e/ou aplicação de alíquota a menor (infração 01) e presunção de omissões de saídas tributadas apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado por instituição financeira e/ou administradora de cartões (infração 02).

Na defesa apresentada o autuado suscitou a nulidade do lançamento sob o argumento de que não fora inserido no Auto de Infração o dispositivo legal infringido, contrariando o disposto no art. 39, V do decreto 7.629/99, cerceando o seu direito de defesa. Razão não assiste ao sujeito passivo conquanto estão presentes todos os requisitos necessários à lavratura do Auto de Infração em apreço, tendo sido indicados com clareza os enquadramentos legais e multas aplicadas, constando no campo próprio do Auto de Infração, citando o artigo da Lei Complementar 123/2006, que trata do Simples Nacional e a Lei 7.014/96, que trata do ICMS.

Ademais, não é causa de nulidade da autuação, possível erro na indicação do dispositivo infringido, haja vista que pela descrição dos fatos ficou evidente o enquadramento legal, inexistindo as supostas omissões reclamadas no que diz respeito aos dispositivos infringidos. Observo também que não há nos autos quaisquer elementos que indiquem a existência de erro quanto à determinação do infrator e quanto à capitulação das infrações, restando suficientes os elementos presentes aos autos para se determinar, com segurança, a infração e o infrator. Devo registrar, por oportuno, que os valores apurados pela fiscalização da “Receita bruta Omitida”, informado no demonstrativo sintético de fls. 15, 17 e 19, referentes às diferenças entre os valores informados no Relatório TEF e as vendas através de documentos fiscais realizadas pelo sujeito passivo através da modalidade de cartão de crédito/débito estão inseridas analiticamente na planilha denominada “Demonstrativo da Presunção de Omissão de Receitas”, anexada através de mídia eletrônica fl. 102, cuja cópia foi entregue ao contribuinte, conforme se verifica no documento de fl. 103, assinado pelo representante legal da empresa.

Quanto à alegação sobre suposta ilegalidade em relação à quebra de seu sigilo bancário, entendo que a mesma não prospera pois, a remessa dos dados da movimentação de vendas por parte das administradoras de cartão de crédito é uma obrigação prevista em lei (Lei Complementar nº 105/2001, em especial em seu artigo 6º, bem como nas disposições do artigo 35-A da Lei Estadual nº 7.014/96, e tem como finalidade informar o faturamento da empresa, base de cálculo de vários tributos, consubstanciando em uma informação fiscal, que não se confunde com a sua movimentação bancária, esta sim, protegida pela Constituição Federal..

Desse modo, não acolho as nulidades suscitadas.

No mérito, sujeito passivo não apresentou nenhum documento ou demonstrativo para contrapor aos elaborados pela autuante. Por outro lado verifico que as exigências fiscais foram apuradas através dos demonstrativos anexados aos autos às fls. 15/20. Os valores das receitas brutas declaradas foram extraídos das DASN (Declaração Anual do Simples Nacional), dos Extratos do Simples Nacional declaradas à Receita Federal, anexados em meio magnético às fl. 102, e cópias dos livros fiscais, fls. 31/101. A omissão de receita foi apurada a partir do confronto das notas fiscais / cupons fiscais em correspondência de valor e data com os boletos de cartão de crédito / débito discriminados no relatório TEF, cujas cópias foram entregues ao contribuinte, conforme atesta o documento de fl. 103, assinado pelo preposto da empresa.

Também observo que foram demonstrados os percentuais utilizados na segregação das receitas normais e aquelas outras do regime de substituição tributária, que foram obtidos a partir das compras efetuados pelo contribuinte, nos exercícios fiscalizados, 2012/2014, conforme demonstrativos acostados às folhas 21/26. Com base em tais demonstrativos, as receitas omitidas correspondentes percentualmente às operações sujeitas à substituição tributária foram segregadas para fim da exigência da infração do Simples Nacional (art. 18, IV da LC 123/06).

Ressalto que na infração 01 foi exigido o imposto sobre as operações acobertadas por documentos fiscais de vendas emitidos pelo próprio contribuinte e declaradas nas DASN, após a aplicação das alíquotas constantes no Anexo I da Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006, correspondentes à receita bruta acumulada auferida em 12 meses, incluindo as receitas omitidas.

Assim, como não foram apresentadas quaisquer provas capazes de desconstituir os lançamentos atinentes à infração sob análise, esta é subsistente, tendo em vista que os demonstrativos acostados ao processo comprovam a ocorrência de pagamento a menos do imposto devido na condição de empresa optante pelo regime do Simples Nacional.

A Infração 2 também resta caracterizada, tendo em vista que a declaração de vendas, pelo contribuinte, em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, cabendo ao contribuinte a prova da improcedência da

presunção, conforme determina o artigo 4º, §4º, da Lei n. 7.014/96, o que não ocorreu no presente caso.

Voto, portanto, 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 **152464.0013/15-0** lavrado contra **LDI COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.-ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$160.170,23**, acrescido da multa de 75%, prevista no art. 33 da Lei Complementar nº 123/06, art. 44, I da Lei Federal nº 9.430/96 de 27/12/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de novembro de 2016

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR