

PROCESSO - A. I. Nº 152464.0013/15-0
RECORRENTE - LDI COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. (SAMPA GRILLE PIZZA) - ME
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0237-03/16
ORIGEM - INFAS VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 31/08/2017

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0269-12/17

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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão exarada pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o Auto de Infração epígrafado, lavrado em 18/12/2015, para exigir o recolhimento de ICMS no montante de R\$160.170,23, em decorrência das seguintes infrações:

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%.

A Junta de Julgamento Fiscal decidiu a lide com a seguinte fundamentação, “*in verbis*”:

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 quanto 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 dispositivo 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 efetuadas 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.

O Sujeito Passivo apresenta Recurso Voluntário, às fls. 162.

No entanto, verifica-se na fl. 166, ofício deste CONSEF cientificando o Contribuinte de que fora constatada a intempestividade do seu Recurso, intimando-o para pagamento do seu débito.

Às fls. 169/173 o Contribuinte impetra Recurso Extraordinário contrapondo-se da declaração da intempestividade, arguindo que: “a ciência do procurador haveria de ser pessoal, jamais de que podendo ser aceita uma intimação postal entregue na portaria do edifício comercial onde funciona o seu Escritório de Advocacia, às vésperas do Natal, em pleno recesso forense”

O PAF foi encaminhado ao CONSEF/GAB para emissão de Parecer.

O ilustre Auditor Fiscal, Eduardo do Rego Avena, às fls. 178/179, emite Parecer, analisa o trâmite

da intimação ao contribuinte em comento, destacando a correção da intimação em via postal, e da praxe estabelecida de que a correspondência pode ser entregue, mediante “AR”, na portaria do prédio, residencial ou comercial, que se constitui em representante dos condôminos para esse fim específico.

Entretanto, observa que, no caso concreto, a intimação efetivou-se no dia 23/12/2017, dentro do chamado recesso judiciário, previsto no Código de Processo Civil, que dentre outras, determina a suspensão das intimações de partes ou advogados no período respectivo.

Assim, considerando que esse fato pode ter contribuído decisivamente para o entendimento do sujeito passivo de que suspensas também estariam as intimações deste Conselho de Fazenda e, para que não haja eventual preterição do direito de defesa do contribuinte, entende que este CONSEF deve Conhecer e dar Provimento ao pleito do Contribuinte para que seu Recurso Voluntário seja encaminhado para julgamento por uma das Câmaras deste Conselho de Fazenda.

Em despacho, o Presidente deste CONSEF, Rubens Bezerra Soares, acolhe o Parecer e manda a Coordenação Administrativa dar ciência ao interessado e tomar as providencias de sua alçada.

No seu Recurso Voluntário inicialmente destaca sua tempestividade e faz um breve relato dos fatos relativos à autuação em lide.

Reitera a arguição da preliminar de nulidade do Auto de Infração, que já havia apontado em sede de Impugnação, relativa ao que considerou como quebra de sigilo bancário do recorrente sem prévia autorização judicial, quando apontara que a exigência fiscal se valeu de dados obtidos sem observância dos princípios legais, salientando que o Julgador teria sido lacônico ao decidir a respeito desse fato, resumindo-se a informar a base legal nos artigos 35-A da Lei nº 7.014/96 e 6º da Lei Complementar nº 105/2006.

Nessa toada reconhece que a prestação de informações ao fisco tem previsão legal e transcreve o citado artigo 6º da LC:

“Art. 6º - As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente”.

Daí conclui que para o levantamento do sigilo financeiro do contribuinte seria necessário a prévia instauração do procedimento fiscal em curso, e acrescenta:

“Assim, verifica-se que, para o levantamento do sigilo financeiro do contribuinte, é necessária a prévia instauração do processo administrativo ou procedimento fiscal em curso, de modo que a metodologia de obter informações diretamente das administradoras de cartões sem antes iniciadas tais formalidades implica em violação do sigilo de dados do recorrente.

Não ficou comprovada, portanto, a imprescindibilidade de tais informações, conforme estipula o art. 6º da Lei Complementar 105/2001.”

Aduz, ainda, que: *“a Fazenda Pública não pode acessar informações financeiras sem autorização judicial, conforme já decidiu o STF no Recurso Extraordinário 389.808/PR, em julgamento realizado em 15.12.2010.”*

Por fim, requer que o Auto de Infração seja anulado tendo em vista que a quebra do sigilo bancário do recorrente foi feita sem determinação judicial e sem o cumprimento do disposto no art. 6º da LC nº 105/2001.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário, considerado tempestivo, contra Decisão proferida pela 3ª JJF que julgou, à unanimidade, Procedente o Auto de Infração em epígrafe, com o objetivo de exigir do ora recorrente crédito tributário, no valor histórico de R\$160.170,23, em decorrência do

cometimento de duas infrações.

Verifico que o Sujeito Passivo nas suas razões recursais cinge-se, apenas, a reiterar arguição de preliminar de nulidade do Auto de Infração, aduzindo que houve quebra do sigilo financeiro do recorrente, sem a necessária e prévia instauração de processo administrativo ou procedimento fiscal em curso.

De início devo registrar que essa tese – a mesma apresentada em sede de Impugnação – foi devidamente avaliada e afastada pelo Julgador da Decisão de piso, cabendo, apenas, transcrevê-la:

“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.”

Assim, por também entender que não houve a alegada quebra de sigilo financeiro do Contribuinte e, sim, um cotejamento das suas vendas declaradas com as informações das operadoras de cartões de débito e crédito, ação essa rotineira e legal, que independe de prévia autorização judicial para ser utilizada pelo Fisco, não há que se falar em nulidade da autuação fiscal, que respeitou todos os dispositivos previstos no RPAF/BA.

E, como no mérito, o Recorrente não se contrapõe contra as infrações que lhes foram imputadas e referendadas pela Decisão *a quo*, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso apresentado por julgar Procedente o Auto de Infração em lide.

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

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de julho de 2017.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO – RELATOR

PAULA GONÇALVES MORRIS MATOS - REPR. DA PGE/PROFIS