

A. I. N° - 298618.0011/16-8
AUTUADO - JHS COMÉRCIO DE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA.
AUTUANTE - PLÍNIO SANTOS SEIXAS
ORIGEM - INFAZ/VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 10.01.2018

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0174-02/17

EMENTA: ICMS. 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 apurada entre o valor das vendas registradas em cartão de crédito e o valor informado pela administradora do cartão indica que o sujeito passivo efetuou vendas sem emissão do documento fiscal correspondente. Refeitos os cálculos, mediante revisão efetuada pelo autuante, o débito originalmente apurado ficou reduzido. Não acolhidas as preliminares arguidas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 26 de setembro de 2016 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$339.857,48, além de multa no percentual de 100% para infrações ocorridas nos meses de janeiro a dezembro de 2015.

Tempestivamente, a empresa autuada apresenta por intermédio de suas advogadas impugnação contra o lançamento (fls. 37 a 52), na qual, após breve resumo dos fatos, suscita como preliminar de nulidade, a impossibilidade de obtenção de informações financeiras sigilosas sem prévia instauração de procedimento administrativo regular, o que afronta a legislação.

Menciona a legislação, especialmente a Lei Complementar 105/01 que dispõe sobre a possibilidade dos Fiscos obterem informações atinentes a operações financeiras dos contribuintes, todavia restringe o procedimento, de modo que o acesso às mesmas somente poderia ocorrer nos casos em que houvesse procedimento administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso, sendo tais exames tidos como indispensáveis pelas autoridades competentes, transcrevendo o teor do artigo 6º do mencionado diploma legal.

Reforça que tal acesso às informações das administradoras de cartões de crédito/débito somente seria possível depois de instaurado procedimento de fiscalização em curso, o qual somente ocorreria após a emissão de Ordem de fiscalização, de notificação ou de ato administrativo que autorizasse execução de qualquer procedimento fiscal, o que no caso não ocorreu.

Observa que a requisição de informações junto às administradoras sobre os valores relativos a vendas efetuadas pelo contribuinte, necessita cumprir certas exigências quais sejam, processo administrativo tributário previamente instaurado ou procedimento de fiscalização em curso, além de prévia notificação à pessoa relacionada com os dados requisitados, tendo assim agido o legislador, para evitar que os Fiscos devassassem arbitrariamente secretas informações fiscais, para, somente a partir daí averiguar a existência de irregularidade, sendo a quebra do sigilo financeiro situação excepcional que somente cabe se houver justo título.

Assevera ilícita a situação na qual o Fisco sem qualquer conhecimento de ocorrência de infração, quebra o sigilo financeiro dos administrados, totalmente às cegas, para, a partir daí investigar

eventual irregularidade, , instaurando, somente se for o caso, o competente procedimento administrativo, sendo este o caso dos autos.

Salienta decisão de fevereiro de 2016, na qual o STF finalizou julgamento de processos que questionavam o teor do artigo 6º da Lei Complementar 105/01, com a decisão pela sua constitucionalidade, na forma de excerto do voto do ministro Dias Toffoli, transcrito.

Reafirma, mais uma vez, não ter sido notificada acerca da solicitação realizada pelo Fisco das informações financeiras às operadoras de cartões de crédito e débito, referentes ao ano de 2015.

Indica ter sido intimada para apresentar informações em meio magnético, todavia, em nenhum momento, foi comunicada acerca da instauração de um procedimento fiscal para obter informações financeiras sigilosas, sendo notificada apenas sobre o levantamento já realizado pelo Fisco no ano de 2015, violando expressamente a legislação nacional e estadual.

Constata pelo Auto de Infração lavrado que a Autoridade Fiscal obteve informações das administradoras dos cartões de crédito e de débito, em relação ano de 2015, em momento anterior ao procedimento fiscal, ademais, não consta no lançamento prova de que mencionada elaboração de proposta de requisição de informações foi apreciada e objeto de decisão fundamentada por Diretor da Delegacia Regional Tributária ou pelo Diretor Executivo da Administração Tributária, como determinaram os Ministros do Pretório Excelso no julgamento acima mencionado, o qual dispõe a necessidade de “*sujeição do pedido de acesso a um superior hierárquico*”.

Afirma ser evidente que a utilização de dados do ano de 2015 constantes nos arquivos das operadoras de cartão de crédito não se deu no curso do procedimento administrativo, tendo sido o ponto de partida do próprio levantamento fiscal, na qual foi constatada a suposta infração, não pairando dúvidas que inexistia qualquer processo administrativo instaurado ou procedimento de fiscalização em curso que permitiria ao Fisco solicitar informações às operadoras de cartões, afrontando diretamente os princípios constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, previstos no artigo 5º da Constituição Federal, devidamente copiados.

Conclui que as provas foram colhidas de forma ilícita, viciando o Auto de Infração, o que torna o presente lançamento nulo, visto que não atendeu os requisitos para sua formação e validade, motivo pelo qual deverá ser cancelado.

Adentrando no mérito, ainda que de forma subsidiária, caso não seja decretado o cancelamento integral do lançamento por tudo quanto exposto acima, requer seja reduzida a alíquota de 17% utilizada para cálculo do ICMS devido para 4%, em razão de regime especial concedido pela Secretaria da Fazenda às empresas que exercem atividades econômicas de fornecimento de alimentação, previsto no artigo 267 (transcrito) do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia (Decreto 13.780/12), hipótese na qual se enquadra, de acordo com informações obtidas no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica.

Assevera ser optante de referido benefício, conforme se constata dos comprovantes de pagamento e do livro Fiscal de 2015 que afirma apensar, motivo pelo qual apura o imposto devido mensalmente mediante a aplicação do percentual de 4% sobre a receita auferida no período, não sendo a regra de aplicação da alíquota de 17% utilizada ao caso em tela, tendo em vista que não restam dúvidas que a única atividade exercida é o fornecimento de alimentação, por se tratar de restaurante de notório conhecimento público, informação confirmada pelas informações, acima postas.

Observa não existir qualquer outra atividade secundária registrada no objeto social e na descrição da atividade econômica da empresa, além do fornecimento de alimentos, salientando que o Decreto 13.780/12 não impõe quaisquer condições para a fruição do regime substituto, apenas prevê um requisito objetivo, qual seja: contribuinte do ICMS que exercer atividade econômica de fornecimento de alimentação e desse modo, não há dúvidas que há violação ao princípio da razoabilidade, vez que o Fisco Baiano pretende tributar com a aplicação da alíquota de 17%, quando é de conhecimento que todas as operações ora fiscalizadas são realizadas à alíquota de 4%.