

A.I. Nº - 2173650019/17-5
AUTUADO - LUCAS COSTA NASCIMENTO - ME
AUTUANTE - CARLOS FERNANDO DE ASSIS MEIRELES
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 27. 12. 2017

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0220-01/17

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. **a)** ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO DEVIDO COM BASE NA RECEITA DECLARADA PELO AUTUADO. RECOLHIMENTO A MENOS. Fatos demonstrados nos autos. Infração 01 procedente. **b)** OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. APURAÇÃO COM BASE EM DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES DECLARADOS NOS DOCUMENTOS FISCAIS EMITIDOS PELO AUTUADO E OS VALORES INFORMADOS PELAS ADMINISTRADORAS DE CARTÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Erro no preenchimento do demonstrativo de débito, invertendo as omissões em cada período de apuração, comprometeu todo o resultado do imposto exigido. Infração 02 nula. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29/06/2017, formaliza a exigência de crédito tributário no valor de R\$35.494,74, em decorrência das seguintes infrações imputadas ao autuado:

Infração 01 (17.02.01)- efetuou 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 em não recolhimento de parte do ICMS devido a erro na determinação da base de cálculo e das alíquotas aplicáveis, ocorrido em novembro e dezembro de 2016, sendo exigido ICMS no valor de R\$473,57, acrescido de multa de 75%, nos termos do art. 35 da Lei Complementar nº 123/06 e do inciso I do art. 44 da Lei Federal nº 9.430/96;

Infração 02 (17.03.16) – omissão de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento efetuado com cartão de crédito ou débito em valor inferior ao informado por administradora de cartão, ocorrido nos meses de setembro a novembro de 2016, sendo exigido ICMS no valor de R\$35.021,17, acrescido de multa de 75%, nos termos dos arts. 34 e 35 da Lei Complementar nº 123/06 e do inciso I do art. 44 da Lei Federal nº 9.430/96.

O autuado apresentou impugnação contra o Auto de Infração das fls. 14 a 23. Requereu que as publicações referentes aos atos praticados neste auto de infração sejam veiculadas ao advogado Robson Sant'ana dos Santos, OAB/BA 17.172.

Reclamou que o fornecimento de sua movimentação financeira/bancária representou uma evidente quebra de sigilo bancário e violação às garantias conferidas ao contribuinte pela Constituição Federal de 1988. Afirmou que as requisições de informações bancárias estão respaldadas em questionável interpretação da Lei Complementar nº 105/2001 e que o STF já se manifestou determinando que somente após autorização judicial é que o sigilo bancário poderia ser suprimido.

Alegou que o auto de infração se baseou em presunção e não em fatos que realmente ocorreram. Acrescentou que a apresentação de provas é competência do fisco.

Requeru a nulidade do auto de infração em razão de erro ao estabelecer a conexão entre a conduta tida como infratora da norma e a sua fundamentação jurídica, dificultando a apresentação da defesa.

O autuante apresentou informação fiscal das páginas 37 a 40. Disse que a omissão foi apurada e não presumida. Acrescentou que a apuração resultou da comparação entre as informações declaradas na DASN-PGDAS e os valores informados pelas administradoras de cartão.

Lembrou que as informações prestadas pelas administradoras de cartão segue o que determina o art. 35-A da Lei nº 7.014/96. Que teve acesso às informações nos sistemas da SEFAZ, amparado por ordem de serviço.

Quanto à suposta falta de conexão entre a infração cometida e seu o enquadramento no auto, disse que a tipificação está padronizada no Sistema de Lançamento de Crédito Tributário e que guarda consonância com a infração. Ressaltou que não houve cerceamento de defesa, pois todos os elementos necessários ao lançamento e ao ato administrativo estão presentes no processo.

VOTO

Inicialmente, verifiquei que foram observados todos os requisitos que compõe o auto de infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.

Saliento que não existe qualquer impedimento para que o representante legal do autuado receba as intimações relativas a este processo. Entretanto, a falta de intimação do representante legal não se constitui em motivo para a nulidade da comunicação desde que o contribuinte seja intimado nos termos do art. 108 do RPAF.

Rejeito o pedido de nulidade do Auto de Infração em decorrência de alegado vício de fundamentação pela falta de relação entre os dispositivos indicados como infringidos e a conduta reprimida pelo fisco mediante lançamento, com base no art. 19 do RPAF. Pela descrição dos fatos ficou evidente o enquadramento legal em todas as duas infrações. Na infração 01 está sendo exigido ICMS em razão de recolhimento a menos. Na infração 02 foi detectada presunção de omissão de saídas em razão dos valores das vendas com pagamento efetuado por cartão terem sido inferiores aos valores informados pelas administradoras de cartão.

Não acato o pedido de nulidade da infração 02 sob a argumentação de quebra de sigilo fiscal, direito previsto nos incisos X e XII do texto Constitucional, sob o pretexto de que as informações não poderiam ser obtidas das instituições financeiras antes de iniciado o processo administrativo. A prestação das informações obedece ao disposto no art. 35-A da Lei nº 7.014/96 que exige a entrega das informações e remete ao regulamento a definição do prazo e da forma de sua apresentação. A Portaria nº 124/2006 estabeleceu que as administradoras de cartão de crédito deveriam entregar à SEFAZ até o décimo quinto dia de cada mês, arquivos eletrônicos contendo as informações relativas a todas as operações de crédito e de débito efetuadas no mês anterior por contribuintes do ICMS deste Estado. Ademais, o art. 167 do RPAF estabelece que não se incluem na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual.

O método utilizado pelo autuante para apuração do imposto devido na infração 02 está baseado em hipótese legal de presunção, contida no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, conforme indicado no enquadramento da infração, que autorizava a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto quando a escrituração indicasse a ocorrência de vendas em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões.

Em razão da exigência fiscal contida na infração 02 estar baseada em presunção estabelecida em lei, caberia ao autuado constituir prova em contrário, apresentando a correspondência entre os valores informados pela administradora de cartão e os documentos fiscais por ele emitidos.

No mérito, em relação à infração 01, ficou demonstrado na planilha anexada à fl. 07 as diferenças entre o ICMS declarado pelo autuado como devido (coluna N) e o efetivamente devido (coluna M), calculado com base na receita tributada declarada pelo autuado (coluna J) e na alíquota efetivamente aplicável (coluna H), obtida após considerar a correta receita bruta total acumulada auferida em 12 meses incrementada pela receita bruta omitida (coluna G1), nos termos do Anexo I da Resolução CGSN nº 94/11.

Convém destacar que a presente exigência não conflita com o disposto no art. 2º da Recomendação CGSN nº 04/13, pois consiste em exigência de débito não declarado pelo contribuinte optante pelo Simples Nacional na DASN ou PGDAS. A aplicação das alíquotas sobre a receita auferida obedeceu a variação dos percentuais em função da receita bruta acumulada nos doze meses anteriores ao da apuração, considerando a receita bruta omitida, em conformidade com o estabelecido no § 1º do art. 21 da Resolução CGSN 94/11

O autuado não contestou os cálculos apresentados. Infração 01 procedente.

Em relação à infração 02, conforme planilha anexada à fl. 06, observei que os valores mensais referentes à receita bruta omitida (coluna C1), correspondentes à diferença entre os valores informados pelas administradoras de cartão (arquivo “TEF 2016” em CD à fl. 08) e os valores da receita bruta declaradas pelo autuado (coluna B1), foram calculadas com erro.

Tal erro se deu em razão da inversão na colocação do resultado da receita omitida em cada mês. A receita omitida em setembro foi incluída na planilha à fl. 06 no mês de agosto. A de outubro foi colocada no mês de setembro. A de novembro foi colocada no mês de outubro. E a de dezembro foi colocada no mês de novembro.

Os erros ficaram evidentes ao se comparar as informações da Coluna C1 da planilha à fl. 06 com a da fl. 07. Os valores informados na planilha à fl. 07 são os corretos, pois correspondem à diferença entre os valores informados pelas administradoras de cartão (arquivo “TEF 2016” em CD à fl. 08) e os valores totais da receita bruta declaradas pelo autuado, independente do meio de recebimento, se em cartão ou dinheiro (coluna B1).

Desse modo, considero que o lançamento de ofício da infração 02, em razão do erro no preenchimento do seu demonstrativo, não logrou êxito na determinação do valor efetivamente devido, não sendo possível o seu refazimento neste lançamento por implicar em nova apuração sem qualquer relação com os números anteriormente apresentados. Assim, considero a infração 02 nula.

Assim, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, ficando o lançamento tributário reduzido para R\$473,57, nos termos definidos na infração 01.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **2173650019/17-5**, lavrado contra **LUCAS COSTA NASCIMENTO - ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$473,57**, acrescido da multa de 75%, prevista no art. 44, I da Lei Federal nº 9.430/96, c/c o art. 35 da Lei Complementar nº 123/06, e dos acréscimos legais estabelecidos na Lei nº 3.956/81.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de dezembro de 2017.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS– PRESIDENTE

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO– JULGADOR