

A.I. Nº - 110419.0011/17-8
AUTUADO - RR BRINDES INDÚSTRIA E COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA - ME
AUTUANTE - JOSELINA PINHEIRO CABRAL DOS SANTOS
ORIGEM - INFAS VAREJO
PUBLICAÇÃO INTERNET – 18.12.2017

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0230-04/17

EMENTA: ICMS. 1. SIMPLES NACIONAL. VENDAS EMITIDAS COM DOCUMENTOS FISCAIS NÃO DECLARADAS NA DASN. FALTA DE RECOLHIMENTO. **a)** ERRO NA INFORMAÇÃO DA RECEITA E UTILIZAÇÃO DE ALÍQUOTA A MENOR. **b)** CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS PELA ADMINISTRADORA DOS CARTÕES RESULTANDO EM DIFERENÇA NÃO COMPROVADA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. 2 RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. UTILIZAÇÃO DE ALÍQUOTA A MENOR. Infrações não elididas. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 21/08/2017, formaliza a constituição de crédito tributário no valor de R\$115.179,10 em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS:

Infração 01- 17.01.01- Deixou de recolher o ICMS referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devido pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte no período de março de 2014 a junho de 2017, no valor de R\$80.395,63, acrescido da multa de 75%.

Infração 02- 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, implicando, desta forma, em não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menor, sendo exigido o valor de R1.872,17, acrescido da multa de 75%.

Infração 03 - 17.03.16 - Omissão de saída de mercadoria tributada presumida pela constatação de vendas com cartão de crédito ou débito informado pela empresa em valor inferior ao informado pelas Administradoras de Cartões – sem dolo, no período de janeiro 2014 a R\$32.911,30.

O autuado apresentou defesa (fls.103 a 106), inicialmente informando tratar de empresa atuante no ramo de comercialização de brindes e afins, afirmindo que fôra acusado de cometer as infrações contidas no Auto de Infração, porém, as mesmas não devem prosperar pelos motivos que passa a expor:

Diz que o Auto de Infração deve possuir procedimentos específicos, base legal da suposta infração, descrição minuciosa, sob pena de se tornar Nulo.

Assevera que a descrição dos fatos não se depreende estar em conformidade com a legislação vigente com o ordenamento jurídico cabível. A documentação anexada ao Auto de Infração , sob assertiva que dela se originou o auto de Infração, em nada esclarece, em nada acrescenta a

conclusão, o ditame legal impõe demonstração pelo Sr. Fiscal de todas as Notas Fiscais emitidas pela Autuada, com a devida demonstração, discriminação da infração praticada.

Uma vez que, assim não procedeu, o Fiscal não cumpriu a exigência legal, ou seja, não relacionou todas as notas fiscais com a devida discriminação de cada uma e, sendo exigência legal, não há como se apurar se de fato e de direito a empresa autuada descumpriu legislação pertinente.

Prossegue arguindo que da leitura do Auto e Infração, inexistem condições para a sua manutenção, pois conforme preconiza a legislação tributária, deverá o auto de infração identificar o infrator, descrever a infração com clareza, indicar os dispositivos legais dados por infringidos e capitular a penalidade, devendo portanto observar tais requisitos, o que não ocorreu, lhe retirando o direito constitucional assegurado constitucionalmente da ampla defesa.

Diante da supressão das exigências legais, o Auto de Infração não corresponde a realidade fática posto que se verifica falha na apuração de supostos lhe atribuíndo débito de forma aleatória.

Prossegue dizendo que de acordo com a imperfeição contida no Auto de Infração, como omissão de Notas Fiscais, que sequer foram mencionadas no Auto de Infração, tampouco no demonstrativo anexado ao Auto, dúvidas não restam que o presumido débito não passa de conjectura, e ante a falha que originou a apuração de valores, que se mostram indevidos, além das irregularidades contidas no Auto de Infração, resta prejudicada a Ampla Defesa, porquanto obscuros os lançamentos postos na documentação que instruiu o Auto de Infração, tornando assim a lavratura do auto de Infração nula, tendo em vista o flagrante Cerceio de Defesa.

Alega ainda, que para apuração de crédito tributário, tomou como base operações financeiras realizadas através de Cartão de Crédito e Cartão de Débito, indicando que auferiu ganho financeiro com as citadas operações e assim presente se faz a ilegalidade do ato, para apuração, pois em momento algum foi solicitada a apresentação de operações realizadas, sendo mais uma vez perpetrada contra a Impugnante ato ilegal, qual seja “QUEBRA DE SIGILO”.

Diz que a possibilidade de haver “QUEBRA DE SIGILO”, deve estar ancorado em elementos que demonstrem a sua necessidade, o que não ocorreu pois não há demonstração se efetivamente foi aparado foi por determinação judicial. Assim, uma vez que realizada sem cumprimento de ordem judicial, o Fisco feriu de morte o direito de privacidade da Autuada. Dessa forma, autoriza a legislação sejam suspensos todo e qualquer efeito do presente Auto de Infração e consequências do ato administrativo ora impugnado.

Se ultrapassada a preliminar, a multa aplicada à base de 70% sobre cada valor do tributo que o Fisco informa como débito se mostra desproporcional, com efeitos confiscatórios, visto que, desprezado totalmente o princípio da razoabilidade, princípio ao qual devia se ater o Fisco Estadual e dessa maneira, penalizar o contribuinte, seja por multa confiscatória, esta calculada “bis em idem”, juros extremamente onerosos em desacordo com ditames legais .

Finaliza requerendo o acolhimento da preliminar suscitada e consequentemente a nulidade do Auto de Infração. Se assim não for entendido, no mérito, seja reconhecida a existência de aplicação de multas e juros superiores aos previstos legalmente e requer o seu expurgo e demais acréscimos ilícitos.

O Autuante ao prestar a informação fiscal às fls.123/125, após transcrever o teor das infrações diz que a empresa foi autuada pelo 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, pela a 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 Instituição Financeira e Administradoras de Cartões de Crédito, bem como deixou de recolher valores referentes a parte do ICMS/Simples Nacional devido a erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menor.

Diz que o levantamento foi efetuado no período de 01/01/2014 a 30/06/ 2016, e teve como base dados constantes nos arquivos da Sefaz (arrecadação, TEF, NF-e de entradas e saídas), bem como nos Extratos do Simples Nacional constantes nos arquivos da Receita Federal, todos devidamente anexados ao Auto de Infração. Os demonstrativos produzidos durante o levantamento foram entregues à autuada conforme Recibo de Arquivos Eletrônicos às fls. 92 a 95 do RPAF em CD, cuja cópia também foi anexada ao Auto de Infração às fls. 91.

Quanto a nulidade arguída sob o fundamento de que não foram observados os procedimentos específicos como falta de enquadramento legal; descrição dos fatos em desacordo com a legislação vigente; documentação insuficiente para demonstrar as infrações praticadas, e a falta de identificação do infrator, descrição clara da infração bem como a tipificação de dispositivos legais infringidos, estes não procedem pois estes requisitos estão expressos no Auto de Infração como pode ser verificado como pode ser verificado no quadro Dados do Contribuinte (Pág. 1) onde consta Inscrição Estadual, CNPJ, Razão Social e endereço da empresa autuada. Ainda na página 1, pode-se verificar a Descrição dos Fatos e ainda a infração 01 devidamente descrita e tipificada o que se repete em relação à infração 02 (página 2) e infração 03 (página 3).

Por outro lado, é cediço que o SLCT, sistema adotado pela SEFAZ para lavratura de auto de infração e aceito pelo CONSEF e atende a todos os requisitos do RPAF/BA descabendo, portanto, todas as preliminares asseveradas pela autuada.

Também não se sustenta o argumento da autuada de ilegalidade do uso de informações sigilosas baseadas em operações financeiras realizadas através de catões de crédito ou débito, visto que a LC 105/2001, em seu Artigo 6º, autoriza tal prática quando houver procedimento fiscal em curso, e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Acrescenta que o início da ação fiscal deu-se em 02/08/2017, quando o contribuinte foi intimado a apresentar Livros e Documentos Fiscais, conforme INTIMAÇÃO anexada às fl.09. Logo, fica claro que o procedimento fiscal foi realizado à luz do que prevê a legislação vigente e transcreve o disposto no art. 26 do RPAF/BA.

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, não ter recolhido o imposto (infração 01), recolhido a menos o imposto em decorrência de erro na informação da receita e/ou aplicação de alíquota a menor (infração 02), ter omitido 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 03).

Na defesa apresentada o autuado suscitou a nulidade do lançamento sob o argumento de que não foram obedecidos os requisitos estabelecidos na legislação tributária, 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.

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 as cópias dos demonstrativos sintéticos e analíticos, anexados na mídia magnética de fl. 91, inclusive o Relatório TEF foram entregues ao contribuinte, conforme se verifica nos documentos de fls. 92 a 95, assinados 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, o sujeito passivo não apresentou nenhum documento ou demonstrativo para contrapor aos elaborados pelo autuante. Por outro lado verifico que as exigências fiscais foram apuradas através dos demonstrativos anexados aos autos às fls. 11/45 e mídia magnética, fl. 91.

Ressalto que na infração 01 foi exigido o imposto sobre as operações acobertadas por documentos fiscais de vendas emitidos pelo próprio contribuinte, **não** declaradas nas DASN, enquanto que na infração 02 o imposto foi exigido sobre as operações **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.

Também observo que foram demonstrados os percentuais utilizados na segregação das receitas normais e aquelas outras do regime de substituição tributária, 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).

Assim, como não foram apresentadas quaisquer provas capazes de desconstituir os lançamentos atinentes às infração 01 e 02, são subsistentes, tendo em vista que os demonstrativos acostados ao processo comprovam a ocorrência de falta de pagamento e pagamento a menos do imposto devido na condição de empresa optante pelo regime do Simples Nacional.

A Infração 03 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 nº. 7.014/96, o que não ocorreu no presente caso.

No que diz respeito à alegação de que a multa aplicada de 70% é desproporcional e confiscatória, observo que sua aplicação decorre do descumprimento da obrigação principal e é prevista no artigo 42, da Lei nº 7.014/96, portanto legal. Quanto ao caráter confiscatório, não pode ser apreciadas por este órgão julgador administrativo, a teor do disposto no art. 167, I, do RPAF/99.

Do mesmo modo, não se sustenta o argumento defensivo atinente aos juros de mora, pois os acréscimos moratórios estão expressamente previstos no art. 102 do COTEB, não cabendo a discussão da sua legalidade ou constitucionalidade.

Quanto ao pedido de cancelamento ou redução da multa imposta, deixo de acatá-lo, visto que esta instância de julgamento não possui competência para decidir sobre pedido de redução ou cancelamento de penalidade por descumprimento de obrigação principal, a teor dos artigos 158/159, do RPAF/BA

Voto, portanto, pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ªJunta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 110419.0011/17-8 lavrado contra **RR BRINDES INDÚSTRIA E COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA - ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$115.179,10**, acrescido da multa de 75%,

prevista nos artigos 34 e 33 da Lei Complementar nº 123/06, art.44, I da Lei Federal nº 9.430/96 de 27/12/96 , Lei 11.488 de 15/06/07 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de dezembro de 2017

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA