

PROCESSO - A. I. Nº 003424.0042/06-3
RECORRENTE - LITORAL COMERCIAL DE PRODUTOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JF nº 0013-05/07
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 22/05/2007

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0138-11/07

EMENTA: ICMS. VENDAS REALIZADAS COM PAGAMENTO EM CARTÃO DE CRÉDITO OU DE DÉBITO. DECLARAÇÃO EM VALOR INFERIOR ÀS OPERAÇÕES REALIZADAS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. A declaração de vendas pelo sujeito passivo em valores inferiores àquelas informadas pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autoriza a presunção legal de omissões de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, vez que indica que o contribuinte efetuou pagamentos com recursos não registrados decorrentes de operações anteriores realizadas e também não registradas. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Infração caracterizada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão proferida pela 5ª JF, através do Acórdão nº 0013-05/07, que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, que imputa ao sujeito passivo a falta de recolhimento do imposto no prazo regulamentar, referente a operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios, no exercício de 2006, pela ocorrência de omissão de saída de mercadorias tributáveis, através do confronto das suas vendas declaradas, realizadas por meio de cartões de crédito/débito e as informações prestadas pelas administradoras de tais cartões.

A Decisão ora recorrida foi proferida inicialmente afastando a preliminar de nulidade suscitada na peça defensiva, ao argumento de que o Auto de Infração está revestido das formalidades legais, respaldado na legislação fiscal, a teor do art. 4º, § 4º, da Lei n.º 7.014/96, alterado pela Lei nº 8.542, de 27/12/02, que assim dispõe:

Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

[...]

§4º O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção (grifo não original).

Ressaltou que o autuado recebeu cópias das planilhas comparativas de vendas por meio de cartão de crédito/débito, elaboradas pelo autuante, bem como dos Relatórios de Informações TEF diárias (fl. 197), constando as informações prestadas pelas Administradoras de cartão de crédito.

No mérito, a Decisão recorrida apresentou os seguintes argumentos para decretar a procedência da autuação, “*in verbis*”: “... Dessa forma, como foi constatado pela fiscalização pagamento em

cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, o ônus da prova passa a ser do autuado que deveria comprovar a improcedência da presunção fiscal. Todavia, o autuado assim não procedeu e mesmo novamente intimado pela auditora, que prestou a informação fiscal, a apresentar as reduções “z” e as notas fiscais de saídas emitidas pelas vendas de cartão de crédito/débito, uma vez que as saídas efetuadas através do ECF tiveram como forma de pagamento “dinheiro”, novamente nada apresentou. Vale ainda acrescentar, que apesar do autuado ter alegado que também comercializa com produtos isentos, da mesma forma como procedeu em relação aos documentos acima referidos, não apresentou nenhuma comprovação nem percentual para que pudesse ser adotada a proporcionalidade no cálculo do imposto devido. Portanto, entendo que resta caracterizada a infração, pois conforme a transcrição acima do art. 4º, § 4º, da Lei n.º 7.014/96, a infração em comento foi constatada através do exame das declarações de vendas do contribuinte, pelo fato de se apresentarem em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito. Como o impugnante não elidiu a presunção em comento, e tendo em vista, ainda, o que dispõe o art. 142, do RPAF/99 (a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária), voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Irresignado o sujeito passivo apresenta Recurso Voluntário – fls. 225 a 229 – onde apenas apresenta preliminar de nulidade da autuação, sem apresentar qualquer argumentação de mérito, repetindo o colocado na peça defensiva, de forma mais detalhada. Aduz que a autuação é nula, por entender que ela se baseou em quebra indevida de sigilo de informações e dados adquiridos junto às operadoras de cartão de crédito, sem respaldo legal, o que inviabilizaria a autuação com a utilização dos dados – TEF. Alega, ainda, a nulidade da autuação ao argumento de que não há no mesmo qualquer indicação acerca da fundamentação legal que viabilizou a utilização do TEF para fins do lançamento, configurando-se cerceamento de defesa e nulidade do ato, por tratar-se de prova ilícita.

Afirma, ainda, que não há nos autos autorização judicial e/ou legal para que o fisco tivesse acesso irrestrito à sua movimentação financeira através dos TEFs anexos aos autos. Aduz que, ainda que se entenda que a fiscalização assim poderia proceder com base na Lei Complementar 105/2001, esta legislação não seria auto-aplicável, carecendo de regulamentação, o que não existiria na esfera estadual baiana, além do que a referida norma em seu art. 1º, que transcreve, expressa que a administradora de cartão de crédito deve conservar sigilo das suas operações.

Diz que apenas se abriria exceção a este sigilo, na forma da lei citada, se houvesse expresso consentimento neste sentido pelo interessado, e que ela não autorizou o fornecimento de tais informações, além do que este regramento apenas seria aplicável ao Fisco Federal, a teor do art. 5º da citada lei, após regulamentação por decreto federal, *in casu* o Decreto nº 3.724/2001. Por fim, afirma que o único dispositivo da LC que trata da possibilidade do fisco estadual obter as informações em comento – art. 6º, que transcreve - mas que para tanto, não sendo o mesmo auto-aplicável dependeria de regulamentação, o que não teria sido feito pelo Estado da Bahia.

Conclui que pela regra do art. 824-W do RICMS/BA – que também transcreve - a autoridade competente para solicitar a entrega destas informações seria o titular da Diretoria de Planejamento da Fiscalização – DPF e das diretorias de administração tributária, e que se compulsando os autos não há qualquer indício ou elemento que comprove ter o pedido de informações procedido destas autoridades. Finaliza requerendo o Provimento do Recurso Voluntário para reformar a Decisão recorrida.

A PGE/PROFIS – ao apreciar as razões recursais emite opinativo às fls. 233 a 235, concluindo pelo Improvimento do Recurso Voluntário, aos seguintes argumentos, ressaltando que em relação ao mérito o recorrente é silente:

I – descabe a alegação de quebra indevida de sigilo financeiro, pois o Convênio ICMS ECF nº 01/01, que trata da autorização pelos contribuintes para que as administradoras de cartões de

crédito informem ao Fisco as suas operações com contribuintes de ICMS, por autorização deste, estabelece que estes poderão optar uma única vez por autorizar as administradoras a fornecer às secretarias de fazenda, na forma e prazos determinados pela legislação de cada unidade federada, o faturamento do estabelecimento usuário do equipamento;

- II – O art.1º, §3º da LC 105/2001 prevê que não se constitui em violação do dever de sigilo a revelação de informações sigilosas com o consentimento dos interessados, por outro lado o art. 35-A da Lei nº 7014/96 dispõe sobre a obrigatoriedade das referidas administradoras fornecer informações sobre as operações e prestações efetuadas por contribuintes do ICMS, estando no mesmo sentido a regra do art.824-W do RICMS/BA;
- III – Dentre outras situações excluídas do dever de sigilo arroladas no art. 1º, §3º da LC em comento, ressalta-se a do inciso VI, que determina que não se constitui em violação do dever de sigilo a prestação de informações, nos termos e condições estabelecidas nos seus artigos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º e 9º desta. Ao se analisar esta regra, em cotejo com o referido art. 6º - que diz que os agentes fiscais dos entes federativos somente poderão examinar documentos, livros e registros e obter informações quando houver procedimento fiscal em curso ou processo administrativo instaurados, desde que tais exames sejam considerados indispensáveis, sendo o resultado conservado em sigilo, observada a legislação tributária – a interpretação é que há regularidade do procedimento fiscal em curso, estando a legislação estadual em consonância com a LC multicitada.

VOTO

Inicialmente é necessário consignar que o sujeito passivo em seu Recurso Voluntário não apresenta nenhum argumento em relação ao mérito da autuação, apenas trazendo argumentos que entende embasar a decretação de nulidade da autuação.

Como bem frisou a procuradora que subscreveu o opinativo da douda PGE/PROFIS, o Auto de Infração foi lavrado em obediência aos ditames legais e regulamentares, não apresentando qualquer vício que o inquine de nulidade, tendo o sujeito passivo recebido os arquivos contendo os referidos Relatórios TEF diários, sem ter se manifestado sobre os mesmos, contestando-os, ou apresentando documentos que poderiam elidir a imputação, sequer quando novamente intimado para tanto pela auditora fiscal encarregada de prestar a informação fiscal.

E de fato, de logo devemos rechaçar a alegação do recorrente de que a Lei Complementar 105/2001 somente é aplicável ao Fisco Federal. Trata-se de uma lei de abrangência nacional. Observe-se em consonância com o acima exposto, que o regramento do art. 6º da referida LC abrange não só a União, mas os demais entes federativos, de forma expressa, *“in verbis”*:

“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.”

Dentro deste normativo, a Lei ordinária do ICMS – 7014/96 – trouxe a obrigatoriedade de apresentação por parte das administradoras de cartão de crédito e de débito das informações sobre os valores das operações realizadas por contribuintes do imposto, através do art. 35-A, remetendo ao regulamento ICMS as disposições sobre prazo e forma desta apresentação, na forma abaixo transcrita:

“Art. 35-A. As administradoras de cartão de crédito ou de débito deverão informar ao fisco estadual o valor referente a cada operação ou prestação efetuada por contribuintes do imposto através de seus sistemas de crédito, débito ou similares.

Parágrafo único. O regulamento disporá sobre prazo e forma de apresentação das informações.”

Verifica-se, assim, que não há que se falar em autorização do contribuinte para que as administradoras possam fornecer as informações solicitadas pelo Fisco, inclusive a LC condiciona o exame das informações pelos agentes fiscais dos entes federativos à existência de processo administrativo já instaurado ou ação fiscal em curso, sendo este exame indispensável.

Ainda o RICMS/BA trouxe os regramentos sobre a matéria, no seu art. 824-W, “*in verbis*”:

“Art. 824-W. As administradoras de cartão de crédito ou de débito deverão informar ao fisco estadual o valor referente a cada operação ou prestação efetuada por contribuintes do ICMS através de seus sistemas de crédito, débito ou similares.

Por outro lado, quanto à alegação de que não há base legal para a autuação realizada através dos Relatórios de Informações TEF, a Lei nº 7.014/96 traz como hipótese de presunção legal de ocorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto a declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito, a teor do seu art. 4º, §4º. Ressalte-se que esta presunção é relativa, cabendo ao contribuinte o ônus de provar a improcedência desta presunção, o que se registre, não foi feito pelo contribuinte até o presente momento.

Observa-se, ainda, que as informações prestadas pelas Administradoras são cotejadas com as vendas declaradas pelo próprio contribuinte, constantes dos seus registros fiscais e contábeis, não se constituindo este procedimento em algo arbitrário, feito ao arrepio da lei, mas feito no curso de uma ação fiscal instaurada na forma legal, e da qual é cientificada o contribuinte.

Reiteramos que a LC ampara esta assertiva no seu §3º, inciso VI do art. 1º, ao estipular que a prestação de informações nos termos dos artigos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º e 9º não se constitui em violação do dever de sigilo. Por sua vez, o referido art. 6º, já citado e transcrito acima, respalda a exigência de apresentação e o uso destas informações dentro de um procedimento fiscal em curso, ou quando houver processo administrativo fiscal instaurado, quando tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa, hipótese dos autos.

Do exposto, afastadas as nulidades suscitadas pelo recorrente, somos pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo a Decisão recorrida em sua íntegra.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade da presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **003424.0042/06-3**, lavrado contra a **LITORAL COMERCIAL DE PRODUTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$56.696,82**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR (Recurso Voluntário): Conselheiros (as) Sandra Urânia Silva Andrade, Fernando Antonio Brito de Araújo e Denise Mara Andrade Barbosa.

VOTO VENCIDO (Recurso Voluntário): Conselheiros Fábio de Andrade Lima, Oswaldo Ignácio Amador e Valnei de Sousa Freire.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de abril de 2007.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS