

PROCESSO - A. I. Nº 108970.0045/06-3
RECORRENTE - LITORAL COMERCIAL DE PRODUTOS LTDA. (AGUATERRA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0381-05/06
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 22/05/2007

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0145-11/07

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 arguições de nulidade. Infração caracterizada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão proferida pela 5ª JJF, através do Acórdão nº 0381-05/06, 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, nos meses de janeiro a julho de 2006, pela ocorrência de omissão de saída de mercadorias tributáveis, apurada 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 primeira preliminar de nulidade suscitada na peça defensiva, que seria a insuficiência da fundamentação legal e sua inaplicabilidade ao caso concreto, cerceando o seu direito de defesa, nos seguintes termos:

“Ressalto, preliminarmente, que dentre as hipóteses de nulidade expressamente elencadas no art. 18 do RPAF/99 nenhuma dá lastro legal para se decretar nulidade de um lançamento pelo motivo argüido. Inclusive o art. 19 é claro e expresso em determinar que a indicação de dispositivo equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal. O impugnante entendeu claramente a infração a ele imputada, inclusive defendendo-se expressamente da acusação. Portanto não houve qualquer cerceamento do seu direito de defesa. Afora que os dispositivos legais estão corretos. Analisando-os, em qualquer momento houve a indicação do art. 3º, do RICMS/97. Este fato está perfeitamente claro no corpo do Auto de Infração. Ele somente foi aventado pela defesa, que tomou um simples erro de grafia (& ao invés de §) para assim se posicionar. Quanto ao art. 2º, do RICMS/97, não está genérico, conforme afirmou a defesa. O indicado foi o art. 2º, § 3º, inciso VI, do RICMS/97. Inclusive, o impugnante ao transcrevê-lo em sua manifestação para demonstrar que não poderia saber qual a infração a ele imputada, somente o transcreveu até o § 2º, omitindo os seus

§§ 3º a 9º, sendo que o § 3º é aquele que caracteriza a infração em combate.”

Em relação à segunda argüição de nulidade, que se reporta à suposta quebra ilegal do sigilo de informações, argumenta a Decisão recorrida em preliminar que o foro administrativo não é competente para discutir inconstitucionalidade ou não da legislação tributária estadual, conforme determinações do art. 167, do RPAF/99, e que no mais a autuação tem por base a Lei Estadual nº 7.014/96, precisamente, o seu art. 4º, § 4º, que foi regulamentado através do art. 2º, § 3º, VI, do Decreto nº 6.284/97, além do que quanto à alegação de que não havia autorização para que as administradoras possam fornecer as informações solicitadas pelo fisco estadual, desde 19/1/2006 esta autorização não é mais necessária, estando regulamentada, conforme art. 824-W do RICMS/97.

No mérito, não enfrentado pelo sujeito passivo em sua peça defensiva, a JJF assevera que a autuação tem como base a presunção legal de omissão de saídas, com fulcro no art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, e “...que esta presunção legal tem a finalidade de lançar imposto incidente na saída das mercadorias, que, no caso, se deu anteriormente, permitindo que o sujeito passivo obtivesse Recurso para realizar aquisições não registradas. A legislação tributária presume que o contribuinte excluiu da tributação receitas de vendas anteriores de mercadorias tributáveis, pois, em princípio, ninguém exclui da tributação o que não é tributável. Por ser uma presunção *jurus tantum*, é ela uma das poucas situações que a lei inverte o ônus da prova, ou seja, cabe ao sujeito passivo provar que não houve a ocorrência dos fatos elencados pela lei. Para a apuração do imposto o autuante confrontou os valores fornecidos pelas administradoras de cartão de crédito e instituições financeiras com aqueles apresentados nas DMA e no livro Registro de Saídas da empresa autuado, conforme comprovado às fls. 11/26 dos autos. Cobrou o ICMS sobre a diferença encontrada. Não houve discussão quanto ao mérito da exigência fiscal.”.

Irresignado o sujeito passivo apresenta Recurso Voluntário – fls. 92 a 102 dos autos - onde reitera os argumentos defensivos, alegando vícios de caráter formal da autuação, sem apresentar qualquer argumentação de mérito.

Em primeira argüição de nulidade, alega que há ausência de fundamentação legal, e que a constante nos autos é insuficiente ou inaplicável ao caso, cerceando seu direito de defesa. Em segunda argüição de nulidade 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 expresse 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 para reformar a Decisão recorrida.

A PGE/PROFIS – ao apreciar as razões recursais emite opinativo às fls. 109 a 112 - concluindo pelo Improvimento do Recurso Voluntário, aos seguintes argumentos:

- I. que a peça recursal não foi fiel à acusação, pois não se reportou a todos os dispositivos legais e regulamentares indicados pelo autuante, estando os mesmos corretos, além do que os fatos narrados no Auto de Infração elucidam com clareza solar a infração cometida;
- II. que além de não caber na instância administrativa apreciar alegação de inconstitucionalidade, o Conv. 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, 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;
- III. que o art. 1º, §3º da LC Nº 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 7.014/96 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;
- IV. que 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.

De logo devemos rechaçar a arguição de inexistência de fundamentação legal ou de inaplicabilidade da fundamentação apresentada, pois o Auto de Infração foi lavrado em obediência aos ditames legais e regulamentares, não apresentando qualquer vício que o inquene de nulidade. Os dispositivos citados pela autuante na peça inicial do Auto de Infração descrevem corretamente a infração imputada, ou seja, a omissão de saída de mercadorias tributáveis apurada através de levantamento por meio de informações prestadas pelas operadoras de cartão de crédito em cotejo com o levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito ou de débito, tudo com base na presunção legal disposta no art. 4º, §4º da Lei nº 7.014/06, repetida no RICMS/BA no art. 2º, §3º, VI, “*in verbis*”:

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).

Registre-se, ainda, como bem frisou a Decisão ora recorrida, que a teor do art. 19 do RPAF/BA, a indicação de dispositivo do regulamento equivale à menção do dispositivo de lei que lhe corresponde, não implicando ainda em nulidade o erro de indicação, quando da descrição dos fatos fique evidente o enquadramento legal.

No que toca à segunda nulidade argüida, também de logo devemos rechaçar a alegação do recorrente de que a Lei Complementar nº 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 – nº 7.014/96 – 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 do RICMS 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.”

Por sua vez, 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 o embasamento da autuação com base nos 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 art. 4º, §4º. Ressalte-se que esta presunção é relativa, cabendo ao contribuinte o ônus de provar a improcedência desta presunção, o que registre-se, 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. Aliás, a LC ampara esta assertiva no seu parágrafo terceiro, 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 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, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **108970.0045/06-3**, lavrado contra **LITORAL COMERCIAL DE PRODUTOS LTDA. (AGUATERRA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$31.000,87**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de maio de 2007.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

MARA LINA SILVA DO CARMO - REPR. PGE/PROFIS