

PROCESSO - A. I. Nº 206935.0010/06-2
RECORRENTE - TAVARUA COMÉRCIO DO VESTUÁRIO LTDA. (LANYLLAS SURF SHOP)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0403-03/06
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 15/06/2007

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0186-11/07

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. O não fornecimento ao contribuinte do relatório diário analítico das informações TEF, possibilitando o cotejamento dos dados escriturais do contribuinte com os fornecidos pelas instituições financeiras e de cartões de créditos, consiste em cerceamento ao direito de defesa e enseja a nulidade da decisão recorrida, para adoção das medidas saneadoras cabíveis. Retorno dos autos à Junta de Julgamento Fiscal para novo julgamento. Recurso **NÃO PROVIDO**. Declarada, de ofício, a **NULIDADE** da Decisão recorrida. Vencido o voto da relatora. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão proferida pela 3ª JJF, através do Acórdão JJF nº 0403-03/06, que julgou Procedente o Auto de Infração acima epígrafado, lavrado para imputar ao sujeito passivo omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, no período de janeiro a junho de 2006.

Em Primeira Instância, o julgamento proferido pela JJF – fls. 38 a 40 - inicialmente afastou a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, que alegou que o autuante não especificou a infração apurada, *“lançando mão da conjunção alternativa ou para confundir o defendente”*, ao argumento de que *“...a autuação é decorrente da apuração efetuada pela fiscalização em relação às operações com cartão de crédito ou de débito, e os valores correspondentes a essas operações estão nos Relatórios de Informações TEF Mensal do período fiscalizado, fls. 10 a 16”*, tendo sido o Auto de Infração lavrado em observância as formalidades legais, *“não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e não se encontram os motivos elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para determinar a nulidade da autuação fiscal”*.

No mérito, a Decisão recorrida consignou que foi apurada diferença entre o valor das vendas efetuadas com pagamentos por meio de cartão de crédito e o valor informado pelas administradoras, e tal fato constitui presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, consoante o disposto no § 4º, do art. 4º, da Lei nº 7.014/96. Afastou a alegação de quebra de sigilo bancário da empresa sem autorização judicial, consignando que as administradoras de cartão de débito ou de crédito devem cumprir a obrigação estabelecida no RICMS-BA, de informar ao fiscal estadual os valores referentes às operações ou prestações efetuadas pelo contribuinte, conforme art. 824-W,

dados estes utilizados no levantamento fiscal. Observou que *“o defendente deveria ter anexado à sua impugnação, além das fotocópias dos documentos fiscais por ele emitidos, a cópias dos correspondentes comprovantes de débito dos cartões com indicação das respectivas formas de pagamento, o que possibilitaria a análise quanto à exclusão do valor efetivamente comprovado”*, mas que embora lhe tenha sido fornecido os Relatórios TEF, o que possibilitou fazer o confronto dos valores obtidos nas reduções “Z” com as informações prestadas pelas administradoras de cartões de débito/crédito, nada trouxe aos autos para afastar a exigência. Observou a correção da apuração realizada pelo autuante, aplicando a alíquota normal, de 17%, e considerando o crédito de 8% sobre o valor das saídas apuradas, em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos, conforme previsto no § 1º do art. 19, da Lei nº 7.753/98.

Irresignado com o julgamento de Primeira Instância, o sujeito passivo interpõe o presente Recurso Voluntário – fls. 48 e 49 dos autos - através de advogado constituído, onde pede a reforma do Julgado ao argumento de que o fiscal quebrou o sigilo bancário da empresa para obter dados incompletos sobre suas vendas de mercadorias, e assim lhe impondo um fato gerador com base em mera presunção fiscal, o que entende descabido à luz do art. 5º, incisos X e LV da Constituição Federal.

A PGE/PROFIS, em seu opinativo de fls. 54 e 55 - opina-se pelo Improvimento do Recurso Voluntário, por entender que os argumentos recursais são insuficientes a proporcionar a reforma da Decisão guerreada, estando a Decisão da JJF correta.

VOTO

Como bem frisou a procuradora que subscreveu o opinativo da douta 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.

De logo devemos rechaçar a alegação do recorrente de que houve quebra de sigilo bancário, pois a autuação esta devidamente lastreada na Lei Complementar nº 105/2001, tratando-se de uma lei de abrangência nacional que permite aos entes federativos realizarem procedimentos fiscais com base em dados fornecidos pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito ou de débito, como se extrai da leitura do art. 6º da referida Lei, que abaixo transcrevemos, *“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.”

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, a base legal para a autuação realizada através dos Relatórios de Informações TEF, encontra-se na Lei nº 7.014/96, que 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.

Ante o exposto, entendemos inatacável a Decisão recorrida, o que nos leva ao NÃO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, mantendo-a em sua íntegra.

VOTO VENCEDOR

Concordo com a Decisão da ilustre relatora, quanto à rejeição da preliminar de nulidade suscitada no Recurso Voluntário, bem assim, quanto ao seu Não Provimento, no mérito, porquanto não subsiste a alegação de quebra de sigilo bancário sustentada pelo recorrente.

Entretanto, discordo da ilustre relatora, quando esta assevera que o autuante forneceu ao contribuinte os relatórios TEF diários por operação, deixando o recorrente de se manifestar a respeito de tais documentos.

Ao revés, da análise dos autos não há qualquer documento que indique ter o contribuinte recebido os relatórios TEF diários por operação, razão pela qual concluo que o procedimento fiscal não se desenvolveu validamente, por não ter observado, de maneira rigorosa, os princípios do contraditório e da ampla defesa, o que contamina de nulidade toda a autuação.

A presente lide administrativa visa à cobrança de imposto por presunção de omissão de saídas, em razão de diferenças apuradas entre os valores consignados na Redução “Z” e no Relatório TEF, analisados mês a mês (veja-se que a análise não pode ser efetuada anualmente, para evitar o convalidamento de irregularidades e a conseqüente sonegação fiscal, além do estímulo ao descumprimento de obrigações acessórias).

Trata-se, como é por todos sabido, de presunção relativa, cabendo ao contribuinte o dever de demonstrar a inocorrência de tais omissões. Como se trata de uma presunção e, mais, baseada em documentos produzidos pelas administradoras de cartões de crédito e débito, **é necessário que seja entregue ao contribuinte o relatório TEF analítico, no qual reste consignado todo o volume de vendas diárias, devidamente especificadas (discriminação das operações por instituição financeira e administradora de cartão de crédito)**, o que não ocorreu no presente PAF.

Somente assim, ter-se-á assegurado o direito do contribuinte ao contraditório e à ampla defesa, eis que lhe terá sido oportunizado ter vistas sobre os documentos essenciais à autuação e, ainda,

sobre eles se manifestar, podendo juntar aos autos os cupons fiscais das transações objeto do lançamento de ofício para comprovar que foram oferecidas a tributação, como vem entendendo este Conselho de Fazenda em processos semelhantes (Acórdão CJF Nºs 0189-12/06, 0183-11/06, 0109-11/06 e 0130-11/06).

Assim, para que não haja supressão de instância, é de rigor anular-se a Decisão recorrida, retornando os autos ao órgão de origem, onde a formalidade deverá ser efetivamente cumprida.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário e declaro, de ofício, a NULIDADE da Decisão recorrida, retornando-se os autos à Primeira Instância, para que sejam fornecidos ao Contribuinte os Relatórios Analíticos de Informações TEF – Diárias, conforme acima especificado, reabrindo-se o prazo de defesa e dando-se, a partir de então, regular seguimento ao feito.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e, de ofício, declarar **NULA** a Decisão recorrida relativa ao Auto de Infração nº 206935.0010/06-2, lavrado contra **TAVARUA COMÉRCIO DO VESTUÁRIO LTDA. (LANYLLAS SURF SHOP)**, devendo os autos retornar à Primeira Instância para que sejam adotadas as providências saneadoras apontadas e, somente após, submeter o feito a novo julgamento pela JJF.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros: Fábio de Andrade Moura, Oswaldo Ignácio Amador, Valnei Sousa Freire e Denise Mara Andrade Barbosa.

VOTO VENCIDO – Conselheiros: Sandra Urânia Silva Andrade e Fernando Antônio Brito de Araújo.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de maio de 2007.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA/VOTO VENCIDO

FÁBIO DE ANDRADE MOURA – VOTO VENCEDOR

PAULA GONÇALVES MORRIS MATOS - REPR. DA PGE/PROFIS