

A. I. N° - 279545.0035/10-9
AUTUADO - PLANET BARRA SALVADOR COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA.
AUTUANTE - SILVANA PALMEIRA JUNQUEIRA AYRES
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET 29.02.2012

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0036-05.12

EMENTA: ICMS. VENDAS ATRAVÉS DE CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A apuração de saídas em valor inferior ao valor total fornecido por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito enseja a presunção de que o sujeito passivo efetuou saídas de mercadorias tributadas sem pagamento do imposto devido. Preliminares de nulidade rejeitadas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 17/12/2010, exige ICMS no valor de R\$27.715,47, e multa de 70%, em decorrência da omissão de saída de mercadoria tributada 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.

O autuado apresentou defesa de fls. 25/50, e informa que a empresa desenvolve suas atividades conforme o seu contrato social, atua no comércio de roupas e confecções, e fornece produtos diretamente ao consumidor final. Ressalta que a autuação baseou-se em informações fornecidas pelas empresas administradoras de cartões de crédito/débito.

Aduz que é nulo o Auto de Infração, pois as informações constantes nos relatórios entregues pelas administradoras, não são verídicas, sendo obtidas de forma ilegal e infringe o direito ao sigilo fiscal, só podem ser cedidas por meios judiciais. Cita decisão do TJ/SP: “*uso de informações obtidas de administradoras de cartões de débito e crédito pela Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo para constituir créditos tributários sem prévia ordem judicial foi julgado indevido pela Quinta Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP)*”, sendo que o caso começou no fim de 2007, durante a Operação Cartão Vermelho, em que a Fazenda paulista notificou milhares de estabelecimentos após cruzar informações fiscais das empresas com a base de dados fornecida pelas administradoras de cartões.

Entende que o Decreto nº 4.489/02 que regulamenta a Lei Complementar nº 105/01, só autoriza a União a cruzar dados de administradoras de cartões com dados fiscais, assim, o lançamento não pode ser feito com base em mero indício, e já há jurisprudência neste sentido, da Justiça Federal.

Aduz que os sigilos fiscal e bancário (art. 5º, X, da CF) estão inseridos neste contexto de proteção à esfera privada, e que a violação aos mesmos só pode ser realizada com autorização judicial, no curso de inquérito policial ou ação penal já iniciada, e menciona os termos da Lei Complementar nº 105/01.

Assevera que este sigilo bancário pode ser conceituado como um dever imposto às instituições financeiras de não revelar as informações e as operações que possuem de seus clientes, também alguns autores entendem que é uma garantia constitucional associada à privacidade e à intimidade do cidadão. Transcreve entendimento de Rogério Lindenmeyer Vidal Granda da Silva Martins, Soraia David Monteiro Locatelli, José Afonso da Silva, Manuela Bastos de Almeida e

Silva, Alexandre de Moraes, Ives Gandra Martins, Folmann e cita o art. 5º, incisos X e XII da CF/88.

Assevera quanto à quebra do sigilo bancário e o princípio do devido processo legal, que há controvérsias na edição da LC Nº 105/01, pois revogou a disposição contida no artigo 38 da Lei nº 4.595/64 que positivava a proteção ao segredo bancário e volta a citar explicações de Folmann: “*De acordo com a norma revogada, as instituições financeiras deveriam guardar sigilo de suas operações. Extraí-se desse dispositivo um direito-dever do banco e um direito do cliente*”, e, com base no artigo revogado, competia à autoridade judiciária, em processo instaurado, analisar a possibilidade ou não da quebra deste sigilo bancário.

Volta a citar entendimento quanto à violação do princípio do devido processo legal (Paulo Quezado e Rogério Lima, Marcelo Marcochi e Rinaldo Ribeiro), no qual argumentam que a Lei Maior determina no art. 5º, LIV, que ninguém terá sua liberdade restringida, total ou parcialmente, ou privado de seus bens sem o devido processo legal, o qual não é possível decretar a abertura do sigilo bancário privando o titular do sigilo sem o contraditório e ampla defesa, porquanto se trata de um direito fundamental.

Transcreve o art. XI, nº 1, da Declaração Universal dos Direitos dos Homens, que prescreve: “*Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa*”.

Cita também o constitucionalista Alexandre de Moraes (obra “Direito Constitucional”), onde dispõe acerca da importância deste princípio constitucional, o qual tem implícito diversos outros direitos fundamentais, tendo como corolários a ampla defesa e o contraditório. Neste diapasão Hugo de Britto Machado menciona que “*praticamente todos os demais princípios jurídicos do processo são desdobramentos do devido processo legal*”, além da discussão de Melissa Folmann, questões de Martins e Locatelli, o entendimento de Tourinho Neto, e julgados do STJ, autorizando a quebra do sigilo bancário em situações especiais e mediante autorização do Poder Judiciário, pronunciamento do Ministro Francisco Peçanha Martins e do rel. ministro Milton Luiz Pereira.

Quanto às penalidades e acréscimos moratórios alega que é passível de questionamento pelas razões adiante elencadas e mencionou surpresa ao se deparar com os valores devidos apresentados, onde foram agregados valores relativos: “*a) atualização monetária; b) multa moratória; c) juros moratórios*”.

Notou que no débito incide três tipos diferentes de acréscimos, o que só serve para agravar a situação do autuado e, como não bastasse analisou a incidência de tais acréscimos sob ponto de vista legal.

Não concorda com o percentual da multa aplicada, por entendê-lo abusivo, o que deixa de considerar a natureza tributária da multa, e seu consequente aspecto de proporcionalidade entre o dano e o ressarcimento, como bem assevera Sacha Calmon Navarro. Discorre que a CF/88 no Capítulo “DAS LIMITAÇÕES AO PODER DE TRIBUTAR”, no art. 150, IV diz que: “*sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios utilizar tributo, com efeito, de confisco*”, tanto que recentemente a Lei nº 9.298/96, acrescentou um parágrafo ao artigo 52, do Código de Defesa do Consumidor, que assim reza: “*Art.52... §1º - As multas de mora decorrentes do inadimplemento de obrigações no seu termo não poderão ser superiores a dois por cento do valor da prestação.*”

Reclama que a cobrança dos juros exorbitantes mês a mês, não está recepcionada no nosso ordenamento jurídico, que não aceita o fenômeno do ANATOCISMO e que, como já dito, é a capitalização de juros, repudiada por nosso sistema legal, tanto pelos Tribunais como pelo próprio STF (Apelação nº 189.107.261 - Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul - 5ª Câmara – Menção da Súmula 121).

Volta a transcrever entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça (STJ - 4ª Turma - Recurso Especial nº 1.285 - GO - Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira - julgamento 14/11/89 v.u. - DJU de 11/12/89, p.18141), assim disse que está evidenciado, que existe um efetivo aumento de tributo, sem qualquer base legal, tornando, dessa forma, ilegal a exigência tributária pretendida pela Fazenda Nacional.

Reporta-se ao princípio *nemo potest venire contra factum proprium*, ou seja, a administração não pode "punir" ou onerar o contribuinte por ter seguido as instruções ou orientações legais e judiciais, ainda que o fisco contra elas venha se insurgir – (*Nesse sentido: Ruy Barbosa Nogueira, in Curso de Direito Tributário, 14. ed., Saraiva, 1995, p. 66.*), o que em verdade, quando há uma manifestação da autoridade administrativa e/ou judicial de que o valor não é exigível, é de se impor até o deslinde final da controvérsia, a inexigibilidade de qualquer ônus tendente a agravar ainda mais o eventual crédito tributário, representado por acréscimos moratórios de qualquer espécie, posto que, como se disse alhures, a exigibilidade está suspensa. A partir do trânsito em julgado da decisão que restabeleceu a exigência fiscal é que dever-se-á computar os aludidos acréscimos, sob pena de enriquecimento sem causa do poder tributante, sendo que a mesma justificativa encontra-se expressa no artigo 151, inciso III, do CTN.

Reafirma a ilegalidade, e afronta ao princípio da razoabilidade, quanto à exigência de acréscimos legais.

Pede a Improcedência do Auto de Infração e requer que todos os atos processuais vindouros, bem como todas as publicações sejam publicados em nome da Dra. Giselle Aparecida Gennari Palumbo inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil – Seção São Paulo - sob o nº 216.190 ou remetidas ao endereço: Av. Yojiro Takaoka, 4384, cj. 112 – Alphaville – Santana do Parnaíba – CEP – 06541-038 – Tel: 7750-9575.

O autuante presta informação fiscal de fls. 70/71, diz que se reportou a Lei nº 7014/96 alteração Lei nº 9837/05 com efeitos a partir de 01/01/06 que descreve o seguinte: “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”, portanto, existe amparo legal sobre estas informações contidas nos autos.

Em relação às penalidades (Atualização monetária, Multa moratória, Juros moratórios e Percentual abusivo aplicado à multa), todas estão previstas na legislação e no RICMS Lei nº 7.014/96, sendo que os juros não foram cobrados e não lhe cabe opinar sobre o percentual da multa aplicada.

No que se refere aos critérios utilizados, todos os procedimentos foram baseados nas leis em vigor e quanto ao pedido (elevação da multa e juros aplicados, a improcedência e a nulidade dos mesmos e o reconhecimento da impugnação) informou que cabe à junta julgadora a Decisão dos pedidos feitos.

Em 30/06/2011, em Pauta Suplementar o PAF foi diligenciado para que fosse anexado o Relatório Diário de Operações – TEF, peça fundamental para o exercício do direito de defesa, fornecido pelas administradoras de cartão de crédito, e que permite ao contribuinte o cotejo das operações diárias informadas com os cupons fiscais ou notas fiscais emitidas.

Em nova manifestação, fls. 101/126, a representante do autuado aduz os mesmos argumentos da peça inicial.

O autuante em sua nova informação fiscal, fls. 145/146, ressalta que atendeu à diligência solicitada por esta Junta de Julgamento Fiscal, com entrega dos Relatórios TEF Diários, tendo notificado o sujeito passivo quanto ao prazo de 30 (trinta) dias para nova defesa, fls. 98. Informou que a ação fiscal tomou como base as saídas relativas às vendas de mercadorias, mediante o uso do cartão de débito/crédito, devidamente escudado nas informações dadas pelas Administradoras de Cartão, conforme o art. 35-A da Lei nº 7.014/96, alterado pela Lei nº 9.837/05.

Observa que foram considerados como vendas, por intermédio do uso do cartão de crédito/débito, todos os valores informados pelo contribuinte através de suas DMAs conforme consta nos autos (fl. 1) e os respectivos demonstrativos (fls. 4, 8 a 21).

Afirma que os acréscimos legais são previstos na Lei nº 7.014/96, não cabe ao diligente se manifestar em relação à inconstitucionalidade, assim, foi cumprido todo o teor dos procedimentos e da diligência requerida. A final opina pela manutenção dos termos da autuação, e a Procedência do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente rejeito as preliminares de nulidade arguidas pelo sujeito passivo, com relação à quebra de sigilo bancário, eis que a Lei nº 7.014/96, que instituiu o ICMS no Estado da Bahia, no art. 35-A dispõe que *“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”*.

Quanto à multa aplicada, encontra-se prevista na mesma Lei, no art. 42, III, portanto instrumento legal para coibir infrações à ordem tributária.

Saliento que a apreciação de constitucionalidade de lei emanada do Poder Legislativo, é de competência exclusiva do Poder Judiciário, portanto este CONSEF não pode apreciar a questão, entendimento este ratificado no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, Decreto nº 7.629/99, art. 167, inciso I.

Ademais, o Auto de Infração contém elementos suficientes para determinar com segurança, a infração e o infrator; contém a descrição dos fatos de forma clara, precisa, sucinta; bem como todos os relatórios dos levantamentos elaborados e todas as provas necessárias à demonstração dos fatos apontados na infração, em obediência ao disposto no art. 39 do RPAF/99 (Decreto nº. 7.629/99), e o autuante na informação fiscal, rebateu todas as questões trazidas na defesa. Assim, estão presentes nos autos todos os elementos necessários ao deslinde da questão, à vista de provas já produzidas, de acordo com o art. 147, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, com destaque à entrega do Relatório TEF Diário e conseqüente reabertura do prazo de defesa, movimentos que buscam salvaguardar o princípio do contraditório e da ampla defesa.

Portanto, verifico da análise dos elementos constantes nos autos que, em momento algum, o sujeito passivo ficou impedido de exercer a ampla defesa e o contraditório, com a entrega de todos os papéis de trabalho que originou o lançamento tributário.

No que pertine às alegações de desproporcionalidade e inconstitucionalidade da multa aplicada, que teria efeito confiscatório, e da Taxa SELIC, não cabe na seara administrativa a discussão ou Decisão sobre o tema, nos termos do art. 167 do RPAF, além do que a multa aplicada, como também os acréscimos moratórios incidentes sobre o débito, obedecem ao disposto na legislação tributária estadual, mas especificamente no Art. 42 da Lei nº 7.014/96 e no Art. 102, § 2º, II da Lei Estadual nº 3.956/81 (COTEB), com as alterações introduzidas pela Lei nº 7.753/00.

Quanto à taxa SELIC, ao contrário do quanto alega o recorrente, já é entendimento firmado na jurisprudência dos Tribunais Superiores que ela pode ser utilizada como índice para o cálculo dos juros dos débitos tributários apontados a partir de 1º de janeiro de 1996, a exemplo da Decisão do STF no AgRgno Resp. nº 722595/PR, e a legislação estadual prevê a aplicação da taxa SELIC no cálculo dos acréscimos moratórios, como citado acima, e sobre tal ato normativo não há qualquer pecha de inconstitucionalidade declarada pelo Poder Judiciário.

As outras questões levantadas na defesa serão analisadas quando do pronunciamento em relação ao mérito da infração.

No mérito, trata-se de Auto de Infração no qual está sendo exigido ICMS relativo à omissão de saídas de mercadorias detectada por meio de cartões de crédito/débito, onde foram apuradas

vendas com pagamento nesta modalidade, em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

De acordo com o disposto no art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, “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”.

O art. 35-A da Lei nº 7.014/96, dispõe que “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”, o que foi feito por meio e o contribuinte teve acesso por meio do Relatório TEF Diário de Operações.

A planilha comparativa de vendas por meio de cartão de crédito/débito está anexa à fl.04, referente ao exercício de 2009, e está sendo exigido ICMS referente aos meses de janeiro, fevereiro, março de 2009.

Com o intuito de sanear o processo, foi fornecido ao autuado o Relatório Diário TEF, em papel, e reaberto o prazo de defesa, mas o contribuinte não trouxe fatos novos que pudessem elidir a autuação em parte ou na sua totalidade, por meio do cotejo dos valores constantes no Relatório TEF Diário e os cupons fiscais/notas fiscais.

Ademais, os valores das vendas correspondem aos valores informados pelo contribuinte em suas Declarações Econômicas Fiscais- DMAs, cujas cópias encontram-se nas fls. 8 a 21 do PAF.

De fato, o defendente, mesmo tendo recebido o Relatório Diário de Operações TEF, e sendo alertado de que poderia comparar as vendas diárias informadas pelas administradoras de cartões com os documentos fiscais (cupons fiscais e notas fiscais), coincidentes em valores e datas, não comprovou que, efetivamente, as vendas realizadas por meio de cartões de crédito/débito foram oferecidas à tributação do ICMS. Portanto, cabendo-lhe o ônus da prova, e não demonstrando a invalidade da autuação, fica mantida a infração em sua totalidade.

Voto pela PROCEDENCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279545.0035/10-9**, lavrado contra **PLANET BARRA SALVADOR COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$27.715,47**, 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, 02 de fevereiro de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR