

PROCESSO - A. I. N° 130609.0026/11-3
RECORRENTE - SUELI MODAS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0026-03/12
ORIGEM - INFAS VAREJO
INTERNET - 04/09/2013

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0248-12/13

EMENTA: ICMS. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. VENDAS DE MERCADORIAS COM PAGAMENTOS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS PELA ADMINISTRADORA DOS CARTÕES. LEVANTAMENTO DA DIFERENÇA. OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Fato demonstrado nos autos. 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, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção (§ 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº 8.542/02). Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVÍDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 28/03/2011 para cobrar ICMS e multa no valor de R\$13.582,55, em decorrência da seguinte infração:

Infração 01: Omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, sendo lançado imposto no valor de R\$ 13.582,55. (multa de 70%, janeiro de dezembro de 2008, janeiro, fevereiro, março, abril, junho, julho, outubro, novembro e dezembro de 2009).

Foram apresentadas Defesa tempestiva as fls. 62 a 64, pugnando pela nulidade e parcial improcedência da infração, e Informação Fiscal pelo autuante, a fl. 69, alegando que não procedem às argumentações defensivas e pedindo pela procedência do Auto de Infração.

Regularmente instruído, o processo foi a julgamento pela 3ª JJF, que decidiu, por unanimidade, pela Procedência da exigência fiscal, com base nas considerações a seguir transcritas, *in verbis*:

“VOTO

O crédito tributário em discussão diz respeito a ICMS devido por omissão de saídas de mercadorias apurada por meio de levantamento de vendas com pagamentos em cartões de crédito ou de débito em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

Houve uma reclamação de que o fiscal não teria devolvido livros e documentos arrecadados durante a ação fiscal, e isso foi objeto de diligência, vindo aos autos prova de que os documentos e livros foram devolvidos, reabrindo-se o prazo de defesa.

Na sessão de julgamento, fazendo uso da sustentação oral, o representante da empresa, na condição de seu contador, reclamou que o Auto se baseia em informações prestadas por instituições financeiras, implicando violação do sigilo bancário. Reclamou da demora na devolução dos documentos pelo fiscal autuante. Alegou que, conforme recibo anexado aos autos pelo fiscal autuante, datado de junho de 2011, os documentos foram devolvidos durante as festas juninas, quando a empresa contrata pessoas para serviços eventuais, e foi a uma dessas pessoas que os livros foram entregues pelo fiscal, sendo que o recibo apresentado pelo fiscal é genérico, não especificando quais os livros que foram devolvidos. Declarou que ele, que é o contador da empresa, até o presente não recebeu os livros e documentos que teriam sido devolvidos.

Quanto a essas questões suscitadas na sustentação oral, cumpre dizer que existe previsão legal para que as instituições financeiras informem ao fisco as operações efetuadas com uso de cartões de crédito e de débito. O art. 197 do CTN dá respaldo a que os bancos e demais instituições financeiras prestem ao fisco as informações de que disponham relativamente a negócios ou atividades de terceiros.

Quanto à demora do fiscal em devolver os livros e documentos arrecadados, há que se reconhecer que é estranho que a ação fiscal tenha sido concluída em março de 2011 e somente em junho os livros e documentos foram devolvidos, ficando evidente que houve cerceamento de defesa, um vício jurídico muito grave. Porém, embora seja lamentável tal prática, resta demonstrado que os livros foram devolvidos à empresa e foi reaberto o prazo de defesa, não tendo a empresa se manifestado, conforme lhe faculta a legislação processual, somente vindo a se pronunciar na sustentação oral, requerendo a anexação de memorial.

Quanto ao mérito, a infração está caracterizada. O fato foi descrito de forma satisfatória. Em face da alegação do autuado de que não teriam sido consideradas no levantamento as Notas Fiscais de Venda a Consumidor, o fiscal, na informação, assegurou que aqueles documentos foram devidamente considerados, conforme planilhas anexadas às fls. 8/50.

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, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção (§ 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº 8.542/02).

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado com a Decisão, a empresa interpõe tempestivamente Recurso Voluntário, às fls. 102 a 104, objetivando a revisão do julgamento por entender que não foi aplicada a melhor justiça em sua Decisão. Em sua peça recursal, repisa todos os argumentos já apresentados em defesa, sem anexar novos documentos fiscais ou demonstrativos.

Após breve relato da infração lançada, afirma novamente que houve ilegalidade na violação do sigilo de dados do Contribuinte, pois não houve sua autorização para que fossem remetidas ao Fisco as informações das administradoras de Cartão de Crédito. Diz que em recente julgamento, o STF reconheceu que a quebra de sigilo bancário só poderia ser feita mediante autorização judicial. Alega também que houve cerceamento do seu direito de defesa, uma vez que “até a data limite para apresentação de da defesa, (...), não teria recebido, em devolução pelo Fiscal Autuante, os livros e documentos utilizados na fiscalização”, motivo pelo qual a 3ª JJF determinou o encaminhamento do PAF em diligência a INFRAZ de origem para que fossem tomadas as seguintes providências:

- i) Para que o autuante acostasse aos autos o comprovante de entrega dos livros e documentos arrecadados;
- ii) que a Infaz fornecesse cópias dos documentos acostados pelo autuante;
- iii) fosse reaberto o prazo de defesa para apresentação de nova impugnação.

Após, afirma que o Fiscal Autuante “Junta ao PAF folha de papel, a que denomina de recibo de entrega de livros e documentos, que esta assinado por pessoa incompetente para tal, nos termos do RPAF”

Nas suas considerações finais, mantém a preliminar de nulidade devido à ilegalidade demonstrada e violação de dos direitos constitucionais sobre o sigilo bancário, o cerceamento do

seu direito de defesa, pois, o recibo apresentado “não se encontra revestido das formalidades prevista na legislação tributária”.

Também suscita que não estão entre as atribuições deste CONSEF o saneamento de nulidades “pois como julgador o Conselho de Fazenda não deve ter atribuições de Autoridade Fazendária e tal atitude vai ao contrário o que dispõe o seu Regimento Interno, no Art. 24, c/c com o Art. 137 do Coteb”.

Ao final, pede a nulidade face aos vícios que maculam o feito fiscal.

Em termos, os autos foram remetidos para PGE/PROFIS para análise.

No Parecer de fls. 109 a 110, o i. procurador José Augusto Martins Junior, após relato da tese recursal quanto à quebra de sigilo, rechaça tal argumentação, pois, conforme relata “a prestação de informações pelas administradoras de cartão de crédito possuem suporte no Convênio ECF 01/2010, estando previsto normativamente que o contribuinte autorizará a administradora de cartão de crédito ou débito, a fornecer as informações relativas às transações de pagamento efetuado com o respectivo cartão, às Secretarias de Fazenda, Finanças ou Tributação dos Estados, sendo um ato eminentemente voluntário, não havendo que se falar em quebra de sigilo”.

Diante desse quadro normativo, o n. Procurador opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Temos em análise um Recurso Voluntário contra a Decisão da 3^a JJF que julgou procedente a imputação quanto à omissão de saída de mercadoria apurada mediante levantamento de vendas com pagamento de cartão de crédito ou débito.

Impende apontar que o recorrente somente argui matéria de ordem preliminar, como a ilegalidade e inconstitucionalidade da quebra do sigilo bancário, o cerceamento do seu direito de defesa e desrespeito ao princípio do devido processo legal, consoante o recebimento dos livros na pessoa inapta para representar a empresa. Devo destacar que não houve insurgência por parte da Empresa quanto ao mérito da autuação.

Compulsando os autos, entendo que não merece reparo alguma a Decisão de piso.

Da análise dos documentos dos autos, entendo que todos os requisitos previstos nos artigos 18 e 39 do RPAF/99 foram preenchidos. Percebo que a imputação foi clara, a base de cálculo foi determinada conforme o valor previsto em lei.

Quanto à quebra de sigilo bancário, depreendo que o repasse de informações bancárias está respaldado tanto no art. 197 do CTN, quanto na previsão do §4º da Lei Estadual nº 7.014/96, com também no próprio RICMS/97, vigente à época dos fatos, no seu art. 824-W:

CTN

Art. 197. Mediante intimação escrita, são obrigados a prestar à autoridade administrativa todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros:

II - os bancos, casas bancárias, Caixas Econômicas e demais instituições financeiras;

Lei 7.014/96

Art. 4º

§ 4º Salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar:

I - saldo credor de caixa;

- II - suprimento a caixa de origem não comprovada;*
- III - manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes;*
- IV - entradas de mercadorias ou bens não registradas;*
- V - pagamentos não registrados;*
- VI - valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte inferiores aos informados por:
a) instituições financeiras;
b) administradoras de cartões de crédito ou débito;
c) "shopping centers", centro comercial ou empreendimento semelhante;*

VII - valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte como sendo recebidos por meio de cartão de crédito ou débito inferiores aos informados pelas respectivas administradoras.

RICMS/BA-97

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.

§ 1º Ato específico do Secretário da Fazenda disporá sobre prazo e forma de apresentação das informações.

§ 2º São competentes para solicitar a qualquer momento a entrega de relatório específico, impresso em papel timbrado da administradora, relativo à totalidade ou parte das informações apresentadas, o titular da Diretoria de Planejamento da Fiscalização (DPF) e das diretorias de administração tributária.

Diante desse quadro legal, adicionando-se ainda o dispositivo normativo indicado pelo i. Procurador da PGE/PROFIS (Convênio ECF 01/2010) a princípio, há amparo legal para solicitação do envio das informações fiscais. Quanto à constitucionalidade ou não dessas normas, por força do art. 167, I do RPAF, abstengo-me de lançar juízo legal, por faltar competência a esse Conselho quanto à declaração de inconstitucionalidade, conforme abaixo se lê:

Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

- I - a declaração de inconstitucionalidade;*

Quanto ao suposto cerceamento de defesa, por falta de entrega dos livros fiscais, vejo que tal vício foi devidamente sanado quando da diligência realizada pela 3^a JJF, com intuito da verificação e comprovação da entrega dos livros e documentos fiscais do contribuinte, fato este incontroverso. Por seu turno, vejo que houve a reabertura do prazo de defesa, após o fornecimento de todos os demonstrativos de débito referentes a infração em discussão, o que afasta qualquer mácula ao exercício da ampla defesa.

Quanto à suposta ilegalidade em relação à intimação e entrega dos livros a pessoa estranha à empresa ou sem poderes para tal fim, entendo que, além de não se restar provado por parte do contribuinte de que tal pessoa não fazia parte ao quadro de funcionários do recorrente, não há comprovação de que o indivíduo que recebeu a intimação com a reabertura do prazo de defesa e os livros contábeis e fiscais, eram incapaz ou relativamente incapaz, únicas hipóteses que sustentaria a tese recursal.

Assim, com base na teoria da aparência, com a intimação foi entregue no endereço do recorrente, recebido por pessoa ali presente, não entendo que haja qualquer desrespeito à legislação processual.

Deste modo, não vejo nenhum vício que inquine de nulidade o Auto de Infração ou o procedimento fiscal aqui vergastado.

Quanto ao conteúdo material da infração, como não houve nenhuma irresignação específica e objetiva que pudesse alterar o lançamento realizado, entendo que a infração é subsistente.

Pelo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter inalterada a Decisão de piso.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a 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 130609. 0026/11-3, lavrado contra SUELI MODAS LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$13.582,55, 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, 14 de agosto de 2013.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS