

A. I. Nº - 110120.0004/12-3
AUTUADO - TELLERINA COMÉRCIO DE PRESENTES E ARTIGOS PARA DECORAÇÃO S.A.
AUTUANTE - VERA MARIA PIRES PURIFICAÇÃO
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 24.04.2013

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0063-02/13

EMENTA: ICMS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. A autuação contém vícios que afetam a sua eficácia, haja vista que não foi lavrado Termo de Início de Fiscalização nem a intimação ao sujeito passivo. Além das regras de direito, estipuladas nas leis e regulamentos, existem rotinas administrativas a serem observadas, visando à correção da atividade fiscalizadora. A ação fiscal foi desenvolvida com inobservância das rotinas e roteiros próprios da fiscalização para a específica ação fiscal. Além da falta de intimação prévia ao sujeito passivo, o critério adotado para determinação da base de cálculo teve como base o livro Registro de Saídas ao invés dos documentos fiscais do autuado. É nulo o procedimento que não atenda ao devido processo legal, que implique cerceamento de defesa ou que não contenha elementos suficientes para determinar, com precisão a infração apontada. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 29/06/2012, exige crédito tributário no valor de R\$416.402,16 acrescido das multas de 70% e 100%, devido a omissão de saídas de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, nos meses de outubro e novembro de 2009, janeiro a março, maio, junho, outubro e novembro de 2010 e janeiro a março de 2011.

O autuado ingressa com defesa fls.48/62, através de advogados, procuração fl.72. Transcreve a infração que lhe foi imputada com o respectivo enquadramento. Diz que apesar das alegações fiscais constantes da inicial, razão não assiste à fiscalização, consoante restará demonstrado, pelas razões de fato e de direito que passa a expor.

Destaca que houve ofensa ao seu direito de defesa pela não entrega de todos os documentos que compõem o auto inicial, impedindo o pleno exercício de seu direito à ampla defesa e ao contraditório, garantido no artigo 5º, LV, da nossa Constituição Federal. Insiste em que não houve a entrega de cópias de todos os documentos de instrução do PAF.

Alega que a jurisprudência é pacífica no sentido de que devem ser fornecidas cópias de todos os documentos que instruem o Auto na oportunidade de sua notificação, portanto o auto de infração seria nulo.

Assegura que o trabalho fiscal se deu em decorrência de cruzamento de informações prestadas por empresas administradoras de cartões de crédito e débito, informações essas obtidas pela administração tributária antes de estar iniciado qualquer processo ou procedimento administrativo contra o autuado, como informado na própria notificação fiscal.

Contudo, diz que de acordo com o ordenamento jurídico pátrio, as informações financeiras provenientes das operadoras de cartão de crédito são de natureza sigilosa e, para a sua quebra, obrigam a prévia instauração de procedimento de fiscalização ou de processo administrativo em curso, o que não ocorreu no presente caso, e por tal motivo, conduz à necessidade do cancelamento da presente imputação.

Aduz que tal procedimento, segundo a notificação, atenderia ao quanto determinado pela legislação estadual. No entanto, referida legislação não pode ser interpretada isoladamente, especialmente diante de normas especiais que foram editadas posteriormente à sua introdução no sistema jurídico. Assim, tal dispositivo da lei estadual deve ser interpretado em consonância com o disposto na Carta Magna, na Lei 4.595/64 e na Lei Complementar nº 105/01, que cuidam dos procedimentos legais para a quebra de sigilo de dados.

Menciona que nem se alegue que as operações realizadas com cartão de crédito não se enquadrariam no conceito de operações financeiras, tampouco que as informações solicitadas pelo Fisco às operadoras de cartão de crédito não estariam sob o manto da proteção constitucional relativas ao sigilo de dados, pois o art. 5º da referida lei complementar 105/01 espancara qualquer dúvida sobre a questão.

Ademais, diz que também não há nos autos qualquer notícia sobre a requisição dos dados junto às administradoras de cartão de crédito e débito, isto é, como se deu o procedimento e se este atendeu ao princípio da legalidade.

Afirma que a questão de quebra de sigilo feita nos moldes deste adotado no presente caso já bateu, inclusive, às portas do Supremo Tribunal Federal, em matéria atinente a CPMF, tendo aquela Suprema Corte decidido pela suspensão da quebra do sigilo bancário. Transcreve decisão da Suprema Corte sobre quebra de sigilo bancário.

Diz que a fiscalização obteve a suposta prova da infração de forma ilícita. O procedimento previsto em Lei para a quebra do sigilo de dados não foi cumprido ocasionando, assim, a nulidade do ato, independentemente do seu conteúdo.

Aduz que a decretação de nulidade da acusação impõe-se, pois a empresa foi autuada de forma arbitrária e ilegal, pois os senhores fiscais estaduais, investidos que são da função de fiscalizar, não atenderam ao determinado pelo artigo 142 do Código Tributário Nacional.

Frisa que diante da competência legalmente atribuída e principalmente da obrigatoriedade de cumprir as determinações legais, deveria o agente fiscal proceder à fiscalização com base nos documentos e livros fiscais do contribuinte, verificando diante deles, a existência de eventual matéria tributável.

Observa que não existe comprovação nos autos da realização das operações que segundo o Fisco sustentariam a suposta diferença. Nesse ponto, destaca que a juntada parcial de documentos, aliada à improcedência da acusação termina por ofender o direito da autuada à ampla defesa e ao contraditório, e impede adequado e suficiente enfrentamento da acusação. Diz que o procedimento adotado está em desacordo com as normas e procedimentos indicados pela própria Administração, sendo que a forma adotada pelo fisco sequer está prevista em lei.

Assevera que a norma legal, ao contrário, determina que no caso de levantamentos, o procedimento a ser adotado pelo fisco terá por base os dados retirados dos livros e documentos fiscais do contribuinte. Deste modo, o comportamento adotado pelo fisco inquinou o trabalho de ilegalidade.

Afirma que a fiscalização possuía todas as informações e documentos suficientes para a verificação da regularidade de suas atividades e apurar desta forma, legalmente, qualquer eventual falta de pagamento do imposto, procedimento este que revestiria a exigência da necessária legitimidade.

Salienta que outra nulidade deve ser reiterada ainda em preliminar, qual seja, a falta de requisitos necessários e imprescindíveis ao ato administrativo que deve conter, dentre outros pressupostos, aqueles contidos no artigo 37 da Constituição Federal, e na legislação estadual reguladora do procedimento administrativo. A respeito da matéria transcreve texto do professor Celso Antonio Bandeira de Mello.

Afirma que a peça inicial, a descrição das ocorrências é vaga, confusa, e também contraditória e inviabiliza a plena defesa que não pode com segurança distinguir os motivos que ensejaram a autuação. Afirma que a obscuridade das acusações caracteriza como inepta a peça inicial, motivo pelo qual deve ser a mesma anulada e arquivada.

Diz que na acusação de diferença apontada como omissão de saídas de mercadorias deveria ser apurada mediante cotejamento com os documentos fiscais regularmente emitidos. Assim, não se pode dizer aqui que a exigência decorreria de "omissão", uma vez que para tal apuração, esta deveria ser elaborada na forma exigida pela norma.

Argumenta que mesmo que o Julgador aceitasse como possível o trabalho, ainda assim os resultados obtidos pelo fisco seriam ilíquidos, vez que não representam a realidade do movimento da autuada, restando patente sua nulidade.

Nesse ponto, afirma que face à eventualidade de se ultrapassar os inquestionáveis argumentos antes delineados, a autuada comprovará que o patamar da multa aplicada no Auto de Infração apresenta claro caráter de confisco, devendo ser fortemente reduzido. Em sua defesa cita o princípio da vedação do confisco, previsto no inciso IV do artigo 150 da Constituição Federal, que transcreve.

Reclama que a aplicação de juros na apuração da obrigação tributária trata-se de matéria sujeita a disciplina por Lei Complementar (art. 146, 11, "b", da CF-88). Diz que o CTN, com status de Lei Complementar, prevê a incidência de juros à razão de 1% ao mês, salvo se lei dispuser de forma diversa. Por competir à lei complementar uniformizar o trato da matéria, isso significa que os juros mensais podem ser de, no máximo, 1% (e, mesmo assim, limitados ao índice fixado em lei federal, se inferior), seguindo a orientação do STF, diante da necessidade de obediência aos princípios da isonomia e da segurança jurídica.

Sobre o mérito, a Defendente ressalta que a Fiscalização agiu com discricionariedade, haja vista que sequer analisou os livros e documentos fiscais da empresa que comprovam a regularidade de suas operações.

Argumenta que o imposto estadual devido sobre circulação de mercadorias tem sua incidência restrita pela lei à movimentação de mercadorias, a qual deve restar cabalmente demonstrada e comprovada.

Diz que a forma que utilizou o Fisco para apuração de suposta falta de pagamento do imposto estadual é bastante precária e não permite a aferição dos cálculos adotados pelo fisco, pois o Demonstrativo Fiscal é incompreensível, não permitindo apurar com segurança como se chegou àqueles valores.

Por outro lado, afirma que pela capitulação da multa citada na exordial, o fisco teria apurado os valores do auto de infração por meio de "omissão de saídas", entretanto, do exame do trabalho do fisco não se verifica nenhuma apuração na forma prescrita em lei, haja vista que não foi considerado os requisitos específicos e demais elementos exigidos na norma, para apuração fiscal desta espécie, como por exemplo, não considerou para cotejamento os documentos fiscais regularmente emitidos.

Protesta pela juntada de demonstrativos, laudos e quaisquer outros elementos de provas admitidos pelo direito para o fim de afastar as acusações constantes do ato de lançamento inaugural.

Ressalta que se tem no PAF uma suposta exigência apurada por meio do procedimento sumário, baseada em meros indícios, isto é, em informações de terceiros e, ainda, ilegalmente obtidas, como visto em preliminar, sobre operações não suficientemente comprovadas. Cita e transcreve artigo 112 do CTN, que diz determinar que de forma categórica, que a lei tributária seja aplicada da forma mais benigna ao acusado quando não se souber, precisamente, o que de fato ocorreu, e qual a extensão do ocorrido. Sobre este princípio cita o jurista Hugo de Brito Machado.

Observa que os argumentos expostos, bem como as provas que se pretende juntar, não têm por escopo a simples anulação do Auto de Lançamento em tela, mas o aperfeiçoamento do trabalho fiscal, com a exata verificação do real movimento da empresa, tudo em homenagem ao princípio da legalidade e da verdade material. Diz que o auto de infração deve ser declarado improcedente. A autuante em informação fiscal fl.92, diz que o Auto de Infração foi lavrado por omissão de saídas de mercadorias nos exercícios de 2009, 2010 e 2011, e que os valores foram apurados pelo confronto das vendas recebidas através de cartões de débito/crédito com os valores registrados no livro Registro de Saídas de Mercadoria.

Afirma que os dados das operadoras de cartão de débito/crédito estão disponíveis no portal da SEFAZ e é uma ferramenta utilizada pela fiscalização para confrontar os valores informados pelas operadoras com os escriturados nos livros fiscais da empresa, um procedimento normal e rotineiro utilizado pela fiscalização do Estado.

Informa que após constatar a existência da omissão e antes da lavratura do presente Auto, entrou em contato com o escritório da empresa, que tem sua contabilidade sediada em São Paulo, e foi informada que as filiais da empresa Tellerina, em todo o Brasil, ao efetuarem a venda de alguns produtos – por exemplo, móveis – recebem o pagamento do cliente nas filiais, mas emitem a nota fiscal e efetuam o pagamento do ICMS em São Paulo, e que essa era a razão da existência da diferença apurada.

Afirma que entregou ao contribuinte o levantamento efetuado a fim de que, antes da lavratura do Auto, fosse efetuado o confronto dos valores listados no Relatório do TEF diário com as notas fiscais emitidas em São Paulo, no entanto tal procedimento não foi adotado pelo autuado. Diz que mesmo que o alegado pelo contribuinte fosse comprovado, crê que, por não possuir respaldo na legislação do ICMS do Estado da Bahia, a diferença apurada estaria sujeita à atuação.

Quanto a alegação de cerceamento de defesa, sustenta que esta não procede, pois foram entregues ao contribuinte todos os demonstrativos e documentos referentes ao presente Auto, bem como um CD contendo o Relatório diário do TEF – conforme comprova o recibo anexado às fl. 23. Diz ser o que tem a informar.

VOTO

O presente Auto de Infração refere-se à exigência de ICMS, sob a acusação de omissão de saídas de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

O defendente alegou que não houve a entrega de todos os documentos que compõem o auto de infração inicial, impedindo o pleno exercício de seu direito à ampla defesa e ao contraditório, garantido no artigo 5º, LV, da nossa Constituição Federal. Assegurou que o trabalho fiscal se deu em decorrência de cruzamento de informações prestadas por empresas administradoras de cartões de crédito e débito, informações essas obtidas pela administração tributária antes de dar início a qualquer processo ou procedimento administrativo contra o autuado, como informado na própria notificação fiscal. Diz que a decretação de nulidade da acusação impõe-se, pois a empresa foi autuada de forma arbitrária e ilegal, visto que a autuante tinha por dever cumprir as determinações legais, e deveria proceder à fiscalização com base nos documentos e livros fiscais do contribuinte, verificando diante deles, a existência de eventual matéria tributável.

Diz que o procedimento adotado está em desacordo com as normas e procedimentos indicados pela própria Administração, sendo que a forma adotada pelo Fisco sequer está prevista na lei.

Na informação fiscal, a autuante afirma que após constatar a existência da omissão de saídas e antes da lavratura do Auto de Infração, entrou em contato com o escritório da empresa, que tem sua contabilidade sediada em São Paulo. Diz que foi informada que as filiais da empresa Tellerina, em todo o Brasil, ao efetuarem a venda de alguns produtos, recebem o pagamento do cliente nas filiais, mas emitem a nota fiscal e efetuam o pagamento do ICMS em São Paulo. Sustenta que essa foi a razão da existência da diferença apurada. Informa ainda, que os valores que compõe a base de cálculo do imposto exigido foram apurados pelo confronto das vendas pagas através de cartões de débito/crédito com os valores registrados no livro Registro de Saídas do contribuinte.

Para o deslinde da questão é necessário observar o que determina a legislação tributária estadual e como foi desenvolvida a ação fiscal.

O lançamento de crédito tributário é ato vinculado (parágrafo único do art. 42, do CTN), devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação, constituída de leis, regulamentos, portarias e de rotinas administrativas.

Analisando os demonstrativos elaborados pela autuante, os subsídios contidos na descrição da infração, além do esclarecimento trazido na informação fiscal, verifico que existem inconsistências no levantamento realizado, o que torna a ação fiscal eivada de falhas insanáveis

Compulsando os autos observo que não foi lavrado o Termo de Início de Fiscalização para que se iniciasse a ação fiscal. Conforme estabelece o art. 26 do RPAF/BA, considera-se iniciado o procedimento fiscal no momento da lavratura do Termo de Início de Fiscalização, da intimação por escrito ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento ou exibir elementos solicitados pela fiscalização.

Quanto ao início de fiscalização, o art. 28 do RPAF/99, estabelece:

“Art. 28. A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso:

I - Termo de Início de Fiscalização, destinado a documentar o início do procedimento fiscal, com indicação do dia e hora da lavratura, devendo ser colhida a assinatura do intimado no instrumento ou em recibo, a menos que seja transcrito diretamente em livro do próprio contribuinte;

II - Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, para que o sujeito passivo, seu representante legal ou preposto preste esclarecimento ou exiba elementos solicitados pela fiscalização, sendo que a emissão deste termo dispensa a lavratura do Termo de Início de Fiscalização”

De acordo com o dispositivo legal acima transcrito, no Termo de Início de Fiscalização deve ser colhida a assinatura do contribuinte, no instrumento ou em recibo, ou pelo menos, deve ser transcrito em livro próprio para que o sujeito passivo tome conhecimento de que está sob ação fiscal.

Por outro lado, o art. 29, do RPAF/99 enumera as hipóteses em que é dispensada a lavratura do Termo de Início de Fiscalização, prevendo que nos casos de Autos de Infração lavrados em decorrência de descumprimento de obrigação acessória e quando se trata de Notificação Fiscal é dispensada a lavratura do mencionado Termo.

Vale salientar que a exigência do Termo de Início de Fiscalização tem como objetivo resguardar o contribuinte, constituindo uma segurança jurídica, haja vista que o sujeito passivo poderia pagar o imposto devido antes do início da ação fiscal. Após a lavratura do mencionado Termo, exclui a espontaneidade em relação a débitos existentes.

A lavratura do Termo de Início de Fiscalização representa um requisito essencial, e o seu descumprimento resulta em invalidade do procedimento, por inobservância do devido processo

legal. Neste caso, constato que a autuação contém vício que afeta a sua eficácia, haja vista não constar que foi efetuada intimação prévia ao autuado para apresentação de livros e documentos, o que dispensaria a lavratura do Termo de Início de Fiscalização.

Em relação à intimação ao sujeito passivo acerca de qualquer ato, fato ou exigência fiscal, o art. 108 do RPAF/BA prevê que esta intimação, quando não for prevista de forma diversa pela legislação, deverá ser feita pessoalmente, via postal ou por meio eletrônico, independentemente da ordem, ficando estabelecido no § 1º deste mesmo artigo que a intimação poderá ser feita por edital quando não for obtido êxito a tentativa por via postal.

Constato que além de não ter sido lavrado Termo de Início de Fiscalização e não existir nos autos qualquer Termo de Intimação comprovando que o autuado tomou conhecimento do início da ação fiscal, a autuante fez o levantamento das operações mercantis da empresa exclusivamente a partir da informação das operações realizadas com pagamento em cartão de crédito ou débito pelas administradoras. Para tanto, a fiscal relacionou as vendas informadas pelas administradoras de cartões constantes do Relatório Diário TEF e comparou com os dados registrados no livro de Saídas do contribuinte, portanto a ação fiscal foi realizada sem observância das rotinas e roteiros próprios específicos para o roteiro aplicado pela fiscalização.

No caso de auditoria das operações de vendas com pagamento em cartão de crédito e/ou débito, o autuado deveria ter sido intimado previamente para apresentar os documentos (notas fiscais e cupons) com a finalidade de compará-los com as informações prestadas pelas administradoras de cartões, o que não ocorreu.

O § 1º do art. 18 do RPAF somente admite o saneamento do Auto de Infração no caso de eventuais incorreções ou omissão ou a não observância de exigências meramente formais. No presente processo não se constatou incorreção eventual, devido ao equívoco no procedimento fiscal, o que comprometeu a sua eficácia, implicando nulidade da autuação.

Vale ressaltar que o lançamento do crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação. Como não foram observadas formalidades legais, a autuação fiscal não tem validade, e como consequência não tem eficácia, não produz efeitos jurídicos.

É nulo o procedimento que não atenda ao devido processo legal, que implique cerceamento de defesa ou que não contenha elementos suficientes para determinar, com precisão, a infração apontada, o que ocorreu no presente PAF.

Represento à autoridade competente que determine a renovação do procedimento para verificação dos reais fatos ocorridos, a salvo das falhas apontadas, objetivando resguardar os interesses do estado, como determina o artigo 21 do RPAF/99.

Face ao exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração, com fundamento no art. 18 do RPAF/BA.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **110.120.0004/12-3**, lavrado contra **TELLERINA COMÉRCIO DE PRESENTES E ARTIGOS PARA DECORAÇÃO S. A.**

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de abril de 2013.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS –RELATORA

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR