

A. I. N° - 269275.0004/13-5

AUTUADO - LOJAS GUIDO COMÉRCIO LTDA.

AUTUANTE- JOSÉ RICARDO SANTOS CORREIA DA CUNHA

ORIGEM - INFRAZ PAULO AFONSO

INTERNET - 19.12.2013

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0312-01/13

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. Diferença demonstrada nos autos. Saneados vícios do procedimento. No mérito, o fato objetivamente considerado não foi contestado. Quanto ao direito, foi sustentada a tese de que houve quebra de sigilo fiscal sem autorização judicial, ao ser feito o cruzamento de informações fiscais com informações provenientes das operadoras de cartões, haja vista que as movimentações financeiras de qualquer empresa devem ser incluídas no conceito de sigilo, cuja inviolabilidade é assegurada pela Constituição, desdobramento da proteção aos dados e à intimidade, nos termos do art. 5º, incisos X e XII. Citação de jurisprudência e doutrina. Não é razoável discutir no âmbito administrativo a ilegalidade ou constitucionalidade do direito posto. O fisco agiu neste caso com base em regras jurídicas vigentes. O lançamento em discussão é calcado em presunção prevista no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº 11.899/10. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 23.3.13, acusa 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, sendo lançado ICMS no valor de R\$ 9.282,14, com multa de 100%.

O autuado apresentou defesa (fls. 135/142) alegando, com base no art. 5º, LV, da Constituição, que sua defesa foi cerceada e por isso a autuação é nula, porque o fiscal autuante deveria ter enviado juntamente com a intimação e o Auto de Infração todos os documentos utilizados na construção da autuação, na aferição do valor de suposto crédito tributário, etc., para dar ao contribuinte condições para enfrentar todos os argumentos colacionados de modo justo e pleno, mas isto não ocorreu, pois a empresa recebeu uma correspondência da SEFAZ, a qual continha o Auto de Infração, sem qualquer documento que corroborasse com os argumentos esposados na descrição dos fatos, e em face disso o contribuinte se viu numa situação de completa abstração quanto ao que lhe estava sendo imputado. Acrescenta que, ironicamente, consta como presentes na relação de anexos do processo uma série de documentos, que nunca integraram a cópia enviada ao contribuinte. Protesta que o sujeito passivo da obrigação tributária tem direito ao livre acesso a todas as alegações, supostas provas e anexos, planilhas e quaisquer outros elementos do processo, e isso não ocorreu.

Cita o jargão jurídico de que "cercear a defesa mata a autuação". Vale-se de lição de Liebman acerca do direito de defesa, como elemento inseparável do direito de ação, por ser uma manifestação deste direito em prol do demandado/defendente. Sustenta que o exercício do direito de defesa é inerente ao fato de o demandado ter ou não razão, bem como não se exige que o autor tenha ou não direito material para propor a ação, segundo a teoria abstrata da ação. Aduz que o fundamento legal da defesa se ampara no princípio do contraditório e da ampla defesa, que são linhas filosóficas que tramam a dialética processual consistente na apresentação da tese pelo autor através de sua petição inicial, e da antítese pelo réu, através de sua defesa. Socorre-se também de ensinamento de Eduardo Couture, segundo o qual, com o exercício do direito processual de defesa, o réu possui o direito subjetivo ao devido processo legal e conhecimento de suas razões pelo órgão jurisdicional. Lembra que o dispositivo constitucional não garante somente o exercício prático da defesa, mas a integridade de seu exercício, quando assegura os meios e os recursos inerentes à defesa. Aduz que, de acordo com Moacyr Amaral Santos, a distinção entre ação e defesa é quanto ao objeto material, pois na ação o autor formula sua pretensão, elabora pedido, ao passo que na defesa não se contém nenhuma pretensão, mas a resistência à pretensão e ao pedido do autor. Segue-se a transcrição de jurisprudência dos tribunais superiores nesse sentido. Por essas razões, pede em sede de preliminar a declaração de nulidade do Auto de Infração, haja vista o direito de defesa da empresa autuada ter sido flagrantemente violado.

Suscita a seguir outra questão: quebra de sigilo fiscal sem autorização judicial. Alega que as impossibilidades de ordem formal que se contrapõem ao cruzamento das informações provenientes das operadoras de cartão de crédito/débito com as informações do fisco não se esgotam com o desrespeito aos princípios e dispositivos legais infringidos por tal autorização de cruzamento, haja vista que as movimentações financeiras de qualquer empresa devem ser incluídas no conceito de sigilo, assegurada pela Constituição, pois se trata do sigilo bancário, desdobramento da proteção aos dados e à intimidade, prevista no artigo 5º, X e XII. Sustenta que o sigilo bancário atualmente pode ser compreendido como um dever jurídico imposto às instituições financeiras de não divulgar informações acerca das movimentações financeiras de seus clientes, e tal conceito pode ser estendido às operadoras de cartão de crédito, haja vista o teor das informações que detêm. Aduz que esse procedimento é tutelado pelo Estado e é necessário para garantir a segurança jurídica e social, bem como a estabilidade econômica, parecendo ser obviamente intrínseco à atividade bancária o dever de guardar sigilo sobre as movimentações, uma vez que o sigilo bancário é uma forma de proteção à liberdade do indivíduo, já que, se não fosse a regra, seria permitido às autoridades o acesso indiscriminado aos segredos confiados às instituições financeiras, impossibilitando ao sujeito determinar se quer compartilhar determinados dados.

Pondera que há quem considere que, em virtude de interesse público relevante, o sigilo bancário pode ser relativizado, mas considera ser unânime o posicionamento de que tal quebra de sigilo só pode ser autorizada pelo Poder Judiciário, o que não foi o caso, estando previsto em lei ordinária estadual que essa quebra de sigilo seria possível em qualquer hipótese, sem que se passasse pelo crivo judicial para uma devida análise da relevância do caso concreto.

Diz que nesse sentido já se manifestou o STF, no RE 243157 AgR, cuja ementa transcreve.

Reclama que, no caso em apreço, de forma ilegal e sem a devida autorização judicial, esta Secretaria acessou dados de movimentação financeira do contribuinte, ferindo o consagrado direito ao sigilo bancário. Considera que, ao contrariar normas tão elementares, a fiscalização compromete negativamente a sua exigência, uma vez que todos os argumentos estão lastreados em provas ilegais, em suposições extraídas de forma sub-reptícia, em total desconformidade com a lei.

Destaca o posicionamento do STJ sobre a matéria, confirmando a relatividade do sigilo bancário, nos autos do REsp 114.741/DF.

Diz que poderia enumerar inúmeros posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, mesmo após a edição da Lei Complementar 105/01, que se alinham no sentido de que o sigilo bancário é uma

garantia constitucional e que a investida das autoridades fiscais às informações financeiras do contribuinte é uma afronta aos direitos à intimidade, à vida privada e ao sigilo de dados previstos no art. 5º, incisos X e XII, da Constituição.

Pontua que a quebra do sigilo bancário do contribuinte pela autoridade fiscal deve necessariamente estar baseada em autorização judicial, e em defesa dessa tese lança mão de quatro argumentos:

- a) o argumento da liberdade: para que haja liberdade de fato, o cidadão/contribuinte não pode ficar ao arbítrio dos governantes, e que para que haja devassa na intimidade de uma pessoa, é imperativa a intervenção do Judiciário, pois, do contrário, estaria infringindo o direito das liberdades públicas;
- b) o argumento baseado na concepção formal de direitos fundamentais, apresentada por Alexy: o reconhecimento de um direito fundamental impõe ao legislador infraconstitucional ordens e proibições que limitam a sua liberdade de legislar. Logo, admitindo que o sigilo bancário seja um direito fundamental, a LC 105/01 viola uma cláusula pétrea;
- c) o argumento baseado na observância do princípio da separação dos Poderes (art. 2º da CF), cujo fundamento é distribuir competência entre os órgãos de forma a eliminar arbítrio. O fisco, ao quebrar o sigilo, o faria com imparcialidade, uma vez que seria parte interessada na arrecadação de tributos;
- d) o argumento fundado na aplicação do princípio do *due process of law*, com projeção no art. 5º, inc. LIV, da Constituição, segundo o qual “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. O argumento utilizado é que, apesar de o devido processo legal poder comportar o processo judicial e o processo administrativo quando se tratar de eventual despojamento da liberdade ou de bens do indivíduo, somente o devido processo judicial seria cabível.

Transcreve comentários de Paulo Quezado e Rogério Lima, Ives Gandra da Silva Martins, Hugo de Brito Machado, Roque Carrazza e Juliana Garcia Belloque acerca da contrariedade da quebra do sigilo financeiro de forma direta pelo fisco.

Transcreve decisão do STF sobre o tema na Med. Caut. em Ação Cautelar 33-5 PR.

Conclui sustentando que, em face da existência de vícios formais insanáveis e afrontas a princípios constitucionais consagrados, a autuação deve ser julgada improcedente, por entender ser necessário adentrar no mérito da questão e demonstrar que princípios jurídico-tributários foram violentamente desrespeitados, pelo que aduz fazer a uma análise mais percutiente acerca dos mesmos. Alega que seu direito de defesa foi cerceado pela falta dos documentos utilizados na elaboração do Auto de Infração, bem como pela falta de informações que precisassem o regime de apuração utilizado nos levantamentos (de caixa ou de competência). Protesta que teve o seu sigilo fiscal indevidamente quebrado pelo fisco sem qualquer formalidade legal ou autorização judicial que a legitimasse.

Pede que o lançamento seja declarado improcedente.

O fiscal autuante prestou informação (fl. 156) dizendo que a alegação de cerceamento de defesa pela falta dos documentos utilizados na elaboração do Auto de Infração não condiz com a verdade dos fatos, porque “esta fiscalização” lavrou o presente Auto da forma mais transparente possível. Informa que o contribuinte costumeiramente emite Cupons Fiscais em valores inferiores aos valores verdadeiros das vendas, tendo sido apurado que em diversos dias esse fato se repetiu, e foi elaborada planilha com as diferenças, por dia, acrescentando as informações das administradoras de cartões de crédito e débito, de modo que o Auto de Infração está absolutamente claro e ficou à disposição do contribuinte durante todo esse espaço de tempo.

Quanto à alegação do contribuinte de que teve o seu sigilo fiscal indevidamente quebrado pelo fisco sem qualquer formalidade legal ou autorização judicial que a legitimasse, o fiscal contrapõe que tal

argumento é absurdo, uma vez que as administradoras de cartões de crédito e débito fornecem à SEFAZ as informações relativas às vendas de todos os contribuintes (não apenas do contribuinte em questão) e, além disso, o RICMS/BA explicitamente prevê que se presume a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, sempre que a escrituração indicar valores de vendas inferiores aos informados por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito.

Observa que o contribuinte na defesa não refutou o mérito da exigência fiscal, não contestou as diferenças cobradas, valores das vendas por ele declaradas, etc., e dessa forma implicitamente reconhece o acerto da ação fiscal.

Opina pela procedência do Auto de Infração.

Na fase de instrução, considerando-se que o contribuinte reclamou que não lhe foram entregues todos os documentos utilizados na fundamentação do presente Auto de Infração, e tendo em vista que, na fl. 2, embaixo, consta uma declaração: “Declaro que recebi...”, porém o espaço destinado à assinatura do recebedor está em branco, pois o “recibo” não foi assinado, e considerando-se, ainda, que, além dos demonstrativos fiscais, devem ser entregues ao contribuinte os Relatórios de Informações TEF Diários, ou seja, os extratos analíticos diários com registros individuais dos valores de cada pagamento em cartão, relativamente a cada instituição financeira, separadamente, operação por operação, para que o autuado faça o cotejamento com os seus boletos, e também não constava que tivessem sido entregues ao contribuinte os referidos relatórios, de acordo com o mandamento do art. 46 do RPAF, o processo foi remetido em diligência à repartição de origem (fls. 159-160), para que fossem entregues ao contribuinte cópias dos elementos às fls. 7 a 78, e se reabrisse o prazo de defesa. No mesmo despacho foi assinalado que a finalidade do detalhamento dos aludidos relatórios é no sentido de que o contribuinte possa efetuar a conferência da natureza de cada operação no que concerne ao modo de pagamento de cada uma, podendo fazer o cotejo entre o que consta nos relatórios TEF e o que foi registrado no equipamento emissor de cupons fiscais (ECF), de modo a detectar valores porventura incluídos indevidamente no levantamento fiscal.

A intimação foi cumprida (fl. 163).

O autuado protocolou impugnação (fls. 165/173) reproduzindo literalmente os mesmos termos da defesa originária.

VOTO

O lançamento em discussão diz respeito a 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.

O autuado alegou em preliminar que houve cerceamento de defesa porque não lhe foram entregues todos os documentos utilizados na fundamentação do presente Auto de Infração.

De fato, no instrumento à fl. 2, embaixo, consta uma declaração – “Declaro que recebi...” –, porém o espaço destinado à assinatura do recebedor está em branco, pois o “recibo” não foi assinado. Em face disso, e considerando-se, ainda, que, além dos demonstrativos fiscais, deveriam ser entregues ao contribuinte os Relatórios de Informações TEF Diários, ou seja, os extratos analíticos diários com registros individuais dos valores de cada pagamento em cartão, relativamente a cada instituição financeira, separadamente, operação por operação, para que o autuado pudesse fazer o cotejamento com os seus boletos, e também não constava que tivessem sido entregues ao contribuinte os referidos relatórios, de acordo com o mandamento do art. 46 do RPAF, o processo foi remetido em diligência à repartição de origem (fls. 159-160), para que fossem entregues ao contribuinte cópias dos elementos às fls. 7 a 78, e se reabrisse o prazo de defesa. No mesmo despacho foi assinalado que a finalidade do detalhamento dos aludidos relatórios é no sentido de que o contribuinte pudesse efetuar a conferência da natureza de cada operação no que concerne ao modo de pagamento de cada

uma, podendo fazer o cotejo entre o que consta nos relatórios TEF e o que foi registrado no equipamento emissor de cupons fiscais (ECF), de modo a detectar valores porventura incluídos indevidamente no levantamento fiscal.

A diligência foi cumprida. Reabriu-se o prazo de defesa.

Ocorre que em sua nova manifestação o contribuinte se limitou a repetir textualmente o mesmo teor da primeira impugnação.

O fato objetivamente considerado não foi contestado.

Porém quanto ao direito a defesa faz uma sustentação robusta e em todos os sentidos respeitável da tese de que neste caso houve quebra de sigilo fiscal sem autorização judicial, ao ser feito o cruzamento de informações fiscais com informações provenientes das operadoras de cartões, haja vista que as movimentações financeiras de qualquer empresa devem ser incluídas no conceito de sigilo, cuja inviolabilidade é assegurada pela Constituição, pois se trata do sigilo bancário, desdobramento da proteção aos dados e à intimidade, nos termos do art. 5º, incisos X e XII. Sustenta que o sigilo bancário atualmente pode ser compreendido como um dever jurídico imposto às instituições financeiras de não divulgar informações acerca das movimentações financeiras de seus clientes, e tal conceito pode ser estendido às operadoras de cartão de crédito, haja vista o teor das informações que detêm. Aduz que esse procedimento é tutelado pelo Estado e é necessário para garantir a segurança jurídica e social, bem como a estabilidade econômica, sendo intrínseco à atividade bancária o dever de guardar sigilo sobre as movimentações, uma vez que o sigilo bancário é uma forma de proteção à liberdade do indivíduo, já que, se não fosse a regra, seria permitido às autoridades o acesso indiscriminado aos segredos confiados às instituições financeiras, impossibilitando ao sujeito determinar se quer compartilhar determinados dados. Considera que a quebra de sigilo só pode ser autorizada pelo Poder Judiciário. Diz que nesse sentido já se manifestou o STF, no RE 243157 AgR, cuja ementa transcreve. Reclama que, no caso em apreço, de forma ilegal e sem a devida autorização judicial, o fisco acessou dados de movimentação financeira, ferindo o consagrado direito ao sigilo bancário, e isso compromete negativamente o lançamento, uma vez que se baseia em provas ilegais. Destaca o posicionamento do STJ sobre a matéria, confirmado a relatividade do sigilo bancário, nos autos do REsp 114.741/DF. Sustenta que a quebra do sigilo bancário do contribuinte pela autoridade fiscal deve necessariamente estar baseada em autorização judicial, e em defesa dessa tese lança mão de quatro argumentos: *a*) o argumento da liberdade, pois para que haja liberdade de fato o cidadão/contribuinte não pode ficar ao arbítrio dos governantes, e que para que haja devassa na intimidade de uma pessoa é imperativa a intervenção do Judiciário, pois, do contrário, estaria sendo infringido o direito das liberdades públicas; *b*) o argumento baseado no reconhecimento de um direito fundamental que impõe ao legislador infraconstitucional ordens e proibições que limitam a sua liberdade de legislar; *c*) o argumento baseado na observância do princípio da separação dos Poderes, cujo fundamento é distribuir competência entre os órgãos de forma a eliminar arbítrio, haja vista que o fisco, ao quebrar o sigilo, o faria com imparcialidade, uma vez que seria parte interessada na arrecadação de tributos; *d*) o argumento fundado na aplicação do princípio do *due process of law*, com projeção no art. 5º, LIV, da Constituição, segundo o qual ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Transcreve comentários de Paulo Quezado e Rogério Lima, Ives Gandra da Silva Martins, Hugo de Brito Machado, Roque Carrazza e Juliana Garcia Belloque acerca da contrariedade da quebra do sigilo financeiro de forma direta pelo fisco, e decisão do STF sobre o tema na Medida Cautelar em Ação Cautelar 33-5 PR.

Louvo o esmero com que a defesa expôs a sua tese. Demonstra estar em boa companhia, haja vista as citações feitas, com respaldo em decisões sem dúvida respeitáveis.

No entanto, o fisco agiu neste caso com base em regras jurídicas vigentes. O lançamento em discussão é calcado em presunção prevista no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, com a redação dada

pela Lei nº 11.899/10. Não é razoável discutir no âmbito administrativo a ilegalidade ou constitucionalidade do direito posto.

Voto pela PROCEDÊNCIA no Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269275.0004/13-5**, lavrado contra **LOJAS GUIDO COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 9.282,14**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, e dos demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 6 de dezembro de 2013

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR