

A. I. Nº - 115969.0027/14-3
AUTUADO - POLO WEAR BELA VISTA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA.
AUTUANTE - MARIA MADALENA BARRETO DA SILVA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 05/04/2016

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0059-03/16

EMENTA: ICMS. 1. 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. O sujeito passivo não traz elementos ao processo que descaracterizem a autuação. Infração subsistente. **2.** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. OPERAÇÕES ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. Contribuinte não logra êxito em elidir a acusação fiscal. Infração subsistente. **3.** DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO REGISTRO DE ENTRADAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. Aplicada multa de 1% nos termos da alínea “c”, inciso II do art. 106 do CTN. Infração não contestada. Não acatada arguição de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 30/06/2015, exige crédito tributário no valor de R\$796.532,55, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01 - 05.08.01. - Omissão de saída 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 março e outubro a dezembro de 2013. Exigido o valor de R\$705.849,57, acrescido da multa de 100%. Demonstrativos às fls. 09 a 18;

Infração 02 - 02.01.01. Falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de janeiro e junho de 2013. Exigido o valor de R\$21.988,08 acrescido da multa de 60%. Demonstrativo à fl. 20;

Infração 03 - 16.01.01. Entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita a tributação, sem o devido registro na escrita fiscal nos meses de agosto e outubro de 2013. Sugerida a multa de 10% sobre o valor comercial das mercadorias não registradas, totalizando o valor de R\$68.694,90 Demonstrativo à 26.

O autuado impugna o lançamento fls. 66 a 80. Inicialmente afirma que a autuação se baseou nas informações, conforme relatório, fornecidas pelas empresas administradoras de cartões de crédito e/ou débito, o que não configura informações verídicas. Em seguida alinha suas razões de com os argumentos resumidos em essência na forma que se segue.

Observa que o Auto de Infração é nulo, pois foi gerado com base em informações obtidas ilegalmente, pois infringiu o direito ao sigilo de informações as quais só poderão ser obtidas por meios judiciais.

Em relação a autuação com base em informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito/débito, frisa que o Tribunal de Justiça de São Paulo - TJSP, já julgou indevido o uso de informações de cartões pelo fisco para lavrarem autos de infração.

Relata que o 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 TJSP. Explica 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.

Diz que o Dec. nº 4.489/02, que regulamenta a Lei Complementar nº 105, de 2001, só autoriza a União a cruzar dados de administradoras de cartões com dados fiscais.

Menciona que o lançamento de imposto não pode ser feito com base em mero indício e já há jurisprudência da Justiça federal que garante isso.

Enfatiza ainda que a requisição diretamente ao Fisco das declarações de renda da empresa autuada, sem autorização judicial, constitui violação à garantia de sigilo fiscal, protegido constitucionalmente. Prossegue revelando que o art. 5º, inciso X, da CF/88, aduz que os sigilos fiscal e bancário 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, mencionando os termos da Lei Complementar nº 105/01.

Assinala que o sigilo bancário pode ser conceituado como um dever imposto às instituições financeiras de não revelar as informações e operações que possuem de seus clientes.

Cita que alguns autores entendem que o sigilo bancário é um garantia constitucional associada à privacidade e à intimidade do cidadão.

Depois de transcrever os incisos X e XII, do art. 5º da CF/88, para enaltecer a importância do sigilo bancário e o direito à intimidade e à privacidade, traz a colação trechos do pensamento e entendimento da doutrina sobre o tema da lavra dos juristas pátrio, Rogério Lindenmeyer Vidal Gandra da Silva Martins, Soraia David Monteiro Locatelli, José Afonso da Silva, Alexandre de Moraes e Ives Gandra Martins.

Ressalta que maiores controvérsias surgem com a edição da Lei Complementar nº 105/2001, a qual revogou a disposição contida no art. 38 da Lei nº 4.595/64 que positivava a proteção ao segredo bancário.

Destaca que, com base no artigo revogado, competia à autoridade judiciária, em processo instaurado, analisar a possibilidade ou não da quebra deste sigilo bancário. Acrescenta que a lei Complementar em comento inovou trazendo em seu bojo a possibilidade da quebra do sigilo financeiro para fins tributários por meio da instauração de procedimento administrativo, sem a prévia autorização do Poder Judiciário, conforme prescreve o art. 6º desta norma.

Registra que grande parte da doutrina entende que tal disposição é inconstitucional, pois afronta o princípio basilar do ordenamento jurídico, o Princípio do Devido Processo Legal. Nessa linha, reproduz trechos dos ensinamentos dos juristas, Paulo Quezado e Rogério Lima, Alexandre de Moraes, Hugo de Britto Machado Segundo, Martins e Locatelli e Melissa Folmann.

Arremata sustentando que grande parte da doutrina entende ser o Poder Judiciário o órgão institucionalmente legitimado para resguardar os direitos do contribuinte, o qual irá analisar imparcialmente a situação antes de autorizar a quebra do sigilo bancário, verificando “a

gravidade do caso e a evidente lesão ao interesse público, além dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa”.

Observa que o Superior Tribunal de Justiça tem julgado a matéria neste sentido, ou seja, autorizando a quebra do sigilo bancário em situações especiais e mediante autorização do Poder Judiciário. Neste sentido, arremata reproduzindo trechos de votos de julgados da lavra do Ministro Relatores Francisco Peçanha Martins e Milton Luiz Pereira.

Ao tratar da cobrança dos juros e da correção do valor base para cálculo da multa destaca que os juros de mora a que estão sujeitos o valor relativo ao imposto e multa são, atualmente, calculados com base em valores percentuais acima aos da Taxa SELIC estabelecida pelo Governo Federal, o que é totalmente ilegal.

A utilização deste índice para atualização do valor básico da multa afronta também inequivocamente a lei, conforme preceituado na legislação vigente em seu art. 527, do RICMS/00 e art. 565, §4º do Regulamento do ICMS do Estado de São Paulo. Diz que no caso vertente, observa-se nitidamente conforme Demonstrativo do Débito Fiscal, que a autuante ao efetuar os cálculos para embasar o presente Auto de Infração, utilizou-se de critérios que não coadunam com a legislação vigente, devendo este ser refutado.

Isto porque a Lei nº 13.918/09, por meio do seu art. 11, inciso XVI, alterou a redação do art. 96 da Lei nº 6.374/89, conferindo-lhe o seguinte texto:

Adicionalmente, com fundamento na autorização constante do §4º supra, foi expedida a Resolução SF nº 02/2010, que fixou os juros de mora em 0,10% ao dia. A partir de 18/03/2013, passou a vigor a Resolução SF nº 21/2013, que fixou os Juros de mora em 0,13% ao dia.

Menciona que Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 442, proposta pelo Procurador Geral da República em face de dispositivos da Lei nº 6.374/89, cujo teor transcreve, ratificou e pacificou o entendimento de que o índice de atualização de débitos adotados pelo Estado de São Paulo não pode, sob hipótese alguma ser superior ao fixado pela União Federal para atualização dos seus débitos, no caso da Taxa SELIC.

Aduz que a fundamentação jurídica da Suprema Corte é que por se tratar de direito financeiro (matéria de competência concorrente dos Entes Federados), o Estado de São Paulo, ao editar leis que tratem sobre atualização de débitos tributários, deve observar os limites máximos fixados nas normas da União Federal que funcionam como norma geral.

Assevera, depois de reproduzir o teor do §2º, do art. 102, a CF/88, que a inserção de juros em patamares superiores ao da Taxa SELIC, representa de fato um indevido acréscimo no valor das penalidades, não podendo prosperar, pois manifesta é sua ilegalidade.

Reproduz, para ilustrar sua tese, trecho de decisão proferida pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no Acórdão nº 03870773 - Arguição de Inconstitucionalidade nº 017090961.2012.8.26.0000 - Relator Designado Paulo Dimas Mascaretti - j.27/02/2013.

Ressalta que em um Estado de Direito, o Estado administrador submete-se ao ordenamento jurídico produzido para os administrados. Continua observando que o Direito, tendo como degrau mais alto a justiça, não pode permitir tal relação leonina, onde uma das partes é privilegiada e a outra sufocada, pois, isto, seria negar o Direito como regulador das relações entre os homens.

Destaca que 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, a exigibilidade está suspensa. Explica que somente 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.

Pontua que, em caso de reclamação e/ou recurso, o lançamento tributário só se considera perfeito e acabado quando a autoridade administrativa competente se pronuncia pela procedência ou improcedência, total ou parcial da intentada exigência. Prossegue asseverando que o crédito tributário só passa a ser efetivamente exigível após definitivamente lançado pelo julgamento da reclamação e/ou recurso, com decisão transitado em julgado, não fazendo sentido cobrar acréscimos legais sobre um lançamento ainda em fase de constituição.

Revela que o direito do poder público de exigir o valor lançado, só se concretiza após o julgamento final administrativo, pois, esse momento, há somente mera expectativa de possível exigência. Arremata esclarecendo que não se pode penalizar o contribuinte por exercer seu sagrado direito de defesa, sendo injusto e ilegal, cobrar acréscimos sobre período no qual o crédito tributário ainda não está constituído e muito menos vencido.

Afirma que além de ser ilegal afronta o princípio da razoabilidade, exigir acréscimos legais com remuneração evidente de um capital ao qual o Poder Público ainda não faz jus e, tecnicamente, nem sequer sabe ao certo se virá a fazer jus.

Explica que o prazo legal para pagamento terá início no primeiro dia útil subsequente ao trânsito em julgado da decisão proferida em desfavor da pretensão do contribuinte. Diz que, antes disso, não há o que se cogitar sobre a incidência de acréscimos sobre um crédito ainda não definitivamente constituído, mesmo porque o contribuinte não pode ser punido, direta ou indiretamente, por ter exercido um direito fundamental que a própria Constituição lhe assegura.

Revela que os Tribunais de Justiça têm reiteradamente decidido - hoje pacificado por decisão do STF - contra a exigência antecipada de 30% do crédito discutido para garantia de instância, nos recursos administrativos, na esfera federal, motivados pelo argumento da ofensa ao exercício do direito de ampla defesa garantido pela Constituição.

Diz que a imposição fiscal praticamente inviabiliza, ou pelo menos desestimula a utilização da via administrativa para a discussão da procedência ou não da penalidade que o fisco impõe na lavratura dos autos de infrações fiscais, contrariando o direito de livre acesso à discussão administrativa e/ou judicial, estampado no art. 5º, inciso XXXV e de ampla defesa, garantido no art. 5º, inciso LV, da CF/88.

Pondera registrando que diante de todo o exposto, tornar se claro que a autuação é nula, devendo ser extinta de imediato, antes que venha lhe causar danos. Menciona ser inegável, portanto, que a cobrança pretendida pela Fiscalização é arbitrária, irregular e não reflete a realidade fática e jurídica do caso em tela. Arremata assinalando que não lhe restou outra alternativa, senão recorrer à Via Administrativa, para demonstrar os valores absurdos que se pretende cobrar.

Conclui pugnando pela improcedência do Auto de Infração e que seja afastada a taxa de juros de mora superior a SELIC na correção do imposto, multa e na atualização do valor básico para a multa prevista no RICMS.

A autuante presta informação fiscal, fls. 101 e 102, na qual, depois de reproduzir o teor da acusação fiscal, articula os seguintes argumentos.

Inicialmente destaca que ao longo de sua defesa, o impugnante argumenta que as informações fornecidas pelas administradoras de cartão crédito/débito são inverídicas. Diz que o defendente também alega que essas informações são sigilosas, portanto só deveriam ser fornecidas por meios judiciais, e cita alguns julgamentos nesse sentido, requerendo ao final a nulidade da autuação.

Informa que foram efetuadas quatro intimações, pessoalmente, ao representante do contribuinte, para exibir elementos solicitados pela fiscalização, inclusive as reduções “Z”. Assinala que, no entanto, apenas parte dessas reduções foram entregues a fiscalização.

Explica que por esse motivo, o levantamento foi efetuado da forma se segue.

Os valores das vendas efetuadas por meio de cartão de crédito/débito de alguns meses, ou dias, foram extraídos das reduções “Z”, conforme explicação do rodapé, da Planilha 1, fl. 14, em anexo.

Esclarece que nos meses, ou dias, para os quais não foram entregues as reduções “Z”, os valores das vendas foram extraídos do livro de Registro de Saídas do contribuinte, fls. 39 a 62, conforme explicado no rodapé da Planilha 2, fl. 16, em anexo, tudo constante do Processo Administrativo Fiscal.

Registra que o somatório dos dados constantes das planilhas 1 e 2 citadas anteriormente, fls. 14 e 16, confrontados com os dados informados pelas administradoras de cartão de crédito/débito - TEF, resultou numa 3ª Planilha, folhas 18 e 18-A, onde demonstra o ICMS devido no valor de R\$705.849,56.

Em relação às demais infrações, informa que não houve questionamento.

Conclui observando que, como não foi anexado qualquer demonstrativo pelo impugnante que ensejasse alteração no valor da autuação, pugnando pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

No presente lançamento está sendo exigido crédito tributário em decorrência de três infrações devidamente relatadas no preâmbulo do relatório.

Inicialmente consigno que o impugnante em nenhum ponto de sua defesa se reportou em relação às infrações 02 e 03. Logo, em relação a esses dois itens, ante a inexistência de lide, mantenho a autuação.

No que diz respeito, especificamente, à infração 03 que trata da entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita a tributação, sem o devido registro na escrita fiscal nos meses de agosto e outubro de 2013, para qual foi sugerida a multa de 10% sobre o valor comercial das mercadorias não registradas verifico que, consoante alteração do inciso IX, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, através da Lei nº 13.461 de 10/12/2015, publicada no DOE de 11 dez 2015, o percentual de 10% da multa anteriormente estabelecido foi reduzido para 1%, *in verbis*:

“Art. 42.

[...]

IX - 1% (um por cento) do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço sujeitos a tributação que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal;”

Por se tratar de multa por descumprimento de obrigação acessória, conforme a disposição prevista na alínea “c”, inciso II do art.106 do CTN, entendo ser cabível a aplicação à infração 03 a retroatividade benigna preconizada no referido dispositivo legal, in verbis:

“Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

[...]

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

[...]

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.”

Assim, na infração 03 deve ser aplicada multa de 1% sobre o valor das mercadorias tributáveis que resulta no montante devido de R\$6.869,49 - [R\$4.225,56 em 30/08/2013 e R\$2.643,93 em 30/10/2013].

A infração 01 trata de omissão de saída de mercadoria tributável 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 março e outubro a dezembro de 2013.

Em sede de defesa, o impugnante alegou, tão-somente, que seu sigilo bancário e o seu direito à intimidade foram violados, pelo fato de que os dados de suas operações de vendas, realizadas por

meio cartão de crédito/débito apuradas pela fiscalização para exigir o débito apurado desse item da autuação, foram fornecidas à sua revelia pelas administradoras e financeiras. Suscitando, por isso, a nulidade desse item da autuação.

Sustentou que seus dados financeiros somente poderiam ser fornecidos ao Fisco mediante autorização judicial, e que isso, a autuação se configura efetiva afronta ao princípio do devido processo legal. Trouxe a colação, para corroborar sua tese, precedentes jurisprudenciais de diversos tribunais superiores e a posição sobre a matéria da doutrina pátria.

Não vislumbro na autuação qualquer violação ao devido processo legal com a utilização, pela fiscalização, dos dados, especificamente relativos às operações com cartão de crédito/débito realizadas pelo sujeito passivo, fornecidos pelas administradoras e financeiros, haja vista que tal procedimento tem lastro em expressa determinação legal preconizada pela legislação tributária baiana, ao teor do art. 35-A, da Lei nº 7.014/96. Assim, não há que se falar em ofensa ao princípio do devido processo legal. Ademais, consoante previsão contida no inciso III, do art. 167, do RPAF-BA/99, não compete a este órgão julgador deixar de aplicar o direito posto.

Nestes termos, não acolho a nulidade argüida.

No mérito, conforme se verifica nos demonstrativos acostados às fls. 09 a 17, cujas cópias, juntamente com os arquivos do Relatório TEF diário por operações, foram devidamente entregues ao autuado, fls. 08 e 18-A, foi apurada diferença entre o valor das vendas efetuadas com pagamentos por meio de cartão de crédito/débito 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, *in verbis*:

“Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

[...]

§ 4º 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.” (grifo nosso)

A infração sob análise decorre de uma presunção legal relativa, cabendo ao impugnante o ônus da prova, devendo trazer aos autos os elementos necessários que se oponham aos fatos presumidos. Ao sujeito passivo caberia demonstrar a indicação das vendas diárias realizadas com cartão de crédito/débito no período fiscalizado, indicando os documentos fiscais comprobatórios emitidos com data e valor coincidentes para acobertar as operações de vendas com essas modalidades de pagamento.

Logo, como o contribuinte não trouxe aos autos os elementos necessários que se oponham aos fatos presumidos, entendo que a Infração 01 encontra-se devidamente caracterizada.

Em suma, resta patente nos autos o sujeito passivo foi acusado de ter cometido as irregularidades lançadas na peça acusatória, e não trouxe ao PAF qualquer elemento capaz de elidir a imputação consubstanciada nos três itens que compõem o Auto de Infração em exame.

O impugnante entendeu a multa aplicada nesta infração, como abusiva e confiscatória, solicitando seu cancelamento. Saliento que as multas não são ilegais. Ao contrário, encontram-se no art. 42 da Lei nº 7.014/96, nos incisos e alíneas ali especificados. Esta instância de julgamento não possui atribuição (competência) para decidir sobre pedido de redução ou cancelamento de penalidade por descumprimento de obrigação principal, a teor dos artigos 158/159, RPAF/99, nem para apreciar inconstitucionalidade de dispositivos da legislação estadual que rege a matéria objeto da contenda ao teor do inciso I, do art.167, do RPAF-BA/99.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, com a redução da multa de 10% para 1%, indicada na infração 03.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **115969.0027/14-3**, lavrado contra **POLO WEAR BELA VISTA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$727.837,65**, acrescido das multas de 100% sobre R\$705.849,57 e 60% sobre R\$21.988,08, previstas nos incisos III, e II, “f”, do artigo 42, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa pelo descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$6.869,49**, prevista no inciso IX, do citado diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de março de 2016.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA