

A. I. Nº - 146468.0137/15-4
AUTUADO - POLO WEAR BELA VISTA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA.
AUTUANTE - HENRIQUE IJALMAR LOPES GRANGEON
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 19.07.2016

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0099-02/16

EMENTA: ICMS. 1. 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. 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, cujas diferenças apuradas estão devidamente demonstradas nos autos. 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. Portanto, por certo que a argumentação defensiva de quebra de sigilo bancário, se trata de aspecto que envolve a análise e declaração de inconstitucionalidade, questão que não pode ser apreciada por este colegiado, pois, ao teor do disposto no artigo 167, I, do RPAF/99, a apreciação da inconstitucionalidade da legislação tributária estadual não se inclui na competência deste órgão julgador. Além do mais, o fisco agiu neste caso com base em regras jurídicas vigentes. **2.** ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL (EFD). FALTA DE ENTREGA NO PRAZO REGULAMENTAR. MULTA. Fato não contestado. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 10/09/2015, para exigência de ICMS e MULTA no valor total de R\$2.053.326,68, sob acusação do cometimento das seguintes infrações.

01 - 05.08.01 - Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$ 2.047.806,68, referente a omissão de saídas de mercadorias tributadas, presumida por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito e de débito em valores inferiores aos valores fornecidos por instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito, nos meses de janeiro a dezembro de 2014, conforme demonstrativos e documentos às fls. 26 a 28.

02 – 16.14.02 – Deixou de efetuar a entrega de Arquivo Eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD, na forma e no prazo previsto na Legislação Tributária, no mês de março de 2011. Multa no valor de R\$ 5.520,00.

O sujeito passivo, através de seu procurador, em sua defesa às fls. 90 a 104, impugnou o lançamento consubstanciado no auto de infração com base nos fundamentos de fato e de direito que passa a expor.

Esclarece que atua no comércio de roupas e confecções, fornecendo os produtos diretamente ao ponto final ao consumidor, e aduz que a apuração foi feita conforme relatório entregue pelas administradoras de cartões de crédito, o que não configura informações verídicas.

Por outro lado, argui a nulidade do auto de infração por considerar que foi gerado com base em informações obtidas ilegalmente e ter infringido o direito ao sigilo de informações nas quais só poderão ser obtidas por meios judiciais.

Informa que o Tribunal de Justiça de São Paulo, já julgou indevido o uso de informações de cartões pelo fisco para lavratura de autos de infração, ou seja, 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 Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP).

Registra que o Decreto nº 4.489, de 2002, que regulamenta a Lei Complementar nº 105, de 2001, só autoriza a União a cruzar dados de administradoras de cartões com dados fiscais.

Frisa 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 no artigo 5º, inciso X, da CF, em cujo artigo o sigilo 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 105/01.

Prossegue comentando sobre o sigilo bancário, e transcreve o entendimento em lições de renomados professores de direito tributário, a exemplo de Rogério Lindenmeyer Vidal Granda Da Silva Martins, Soraia David Monteiro Locatelli, José Afonso da Silva, Alexandre de Moraes, Ives Gandra Martins, sobre esta questão relacionada com a inviolabilidade do sigilo de dados.

Comenta que maiores controvérsias surgem com a edição da Lei Complementar 105/2001, a qual revogou a disposição contida no artigo 38 da Lei 4.595/64 que positivava a proteção ao segredo bancário, a qual 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 artigo 6º desta norma.

Destaca 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, previsto no artigo 5º, LIV, da Constituição Federal. Transcreve lições de Alexandre de Mares, Hugo de Brito Machado, Melissa Folmann e Tourinho Neto, destacando que este último entende que havendo conflito entre o Fisco e o Contribuinte, quem pode solucionar o conflito ocorrente entre o interesse do Fisco e o direito de privacidade do indivíduo é o juiz no âmbito do Poder Judiciário.

Além disso, registra que o Superior Tribunal de Justiça tem julgados neste sentido, ou seja, autorizando a quebra do sigilo bancário em situações especiais e mediante autorização do Poder Judiciário, tendo transcrito a jurisprudência do citado órgão.

Em seguida, 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.

Entende que a utilização deste índice para atualização do valor básico da multa afronta também inequivocamente a lei, conforme preceituado na legislação vigente em seu artigo 527 do RICMS/00 e artigo 565, § 4º do Regulamento do ICMS do Estado de São Paulo.

No caso vertente, observa que conforme Demonstrativo do Débito Fiscal, o autuante ao efetuar os cálculos para embasar o presente AI, utilizou-se de critérios que não coadunam com a legislação vigente, pelo que entende deve este ser refutado, com base na Lei 13.918/09, que por meio do seu artigo 11, inciso XVI, alterou a redação do artigo 96 da Lei nº 6.374/89.

Adicionalmente, aduz que com fundamento na autorização constante do § 4º supra, foi expedida a Resolução SF n. 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.

Registra que o Egrégio Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 442 proposta pelo Procurador Geral da República em face de dispositivos da Lei n. 6.374/89, 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.

Cita e transcreve ainda a jurisprudência da Delegacia Tributária de Julgamento de Bauru, que reconheceu como indevida a correção do valor básico das multas.

Por fim, informa que decisão atual proferida pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que trata sobre o assunto considerou incidente de inconstitucionalidade a aplicação de multa em patamar superior à taxa SELIC.

Com base no acima alinhado, argumenta que, em caso de reclamação e/ou recurso, o lançamento tributário só se considera perfeito e acabado quando a autoridade **administrativa** competente se pronunciar pela procedência ou improcedência, total ou parcial da intentada exigência, e arremata que, enquanto não definitivamente julgado, o lançamento fiscal está suspenso.

Concluindo, por considerar que a exigência fiscal é arbitrária, irregular e não reflete a realidade fática e jurídica do caso em tela, requer:

1. *Seja acolhida a presente defesa administrativa apreciada em todo o seu mérito, julgando IMPROCEDENTE OS LANÇAMENTOS, reconhecendo a insubsistência da presente atuação;*
2. *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 artigo 565 do RICMS/00;*
3. *Diante do exposto, requer-se seja **julgada procedente** a presente Defesa/Impugnação, para fins de reconhecer a improcedência do auto de infração em epígrafe, como medida de inteira Justiça;*

Na informação fiscal às fls.116 a 117, o autuante explica a origem dos valores lançados no levantamento fiscal, e rebate as razões defensivas dizendo que a obtenção das informações pelas administradoras de cartões acha-se respaldada pelo Convênio ECF 01/01 e artigo 3º do Decreto 7.636/99.

Ressalta que no julgamento do PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL o julgador deve basear-se nos elementos constantes do mesmo, pois na forma do artigo 167 do RPAF/BA vigente, não se incluem na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade arguida na defesa.

Além disso, diz que o artigo 168 do mesmo Regulamento, estabelece que sempre que se encontrar em votação matéria contida em lei ou em ato normativo considerado ilegal, ou se já decidida em última instância pelo Poder Judiciário, observar-se-á o seguinte:

I - a autoridade julgadora deverá submeter à Junta ou à Câmara proposta à Câmara Superior do CONSEF no sentido de que represente ao Secretário da Fazenda, visando à decisão;

II - caberá à Câmara Superior do CONSEF decidir quanto a representar ou não ao Secretário da Fazenda;

III - o Secretário da Fazenda, ouvida a Procuradoria Geral do Estado, decidirá quanto à conveniência ou não de propositura de modificação ou revogação da lei ou ato considerado ilegal.

IV - para atendimento ao disposto no inciso anterior, observar-se-ão os seguintes prazos:

a) 30 (trinta) dias, para que a Procuradoria Geral do Estado emita o devido parecer.

b) 10 (dez) dias, para que o Secretário da Fazenda adote as providências cabíveis;

V - o processo administrativo ficará sobrestado até que ocorra a modificação ou revogação da lei

Outro ponto que considera importante é que nenhuma valor consignado no Auto de Infração em relação a Infração aqui impugnada, foi questionado pela Defesa, que conclui pedindo a esta egrégia Corte, que declare a sua IMPROCEDENCIA, por violar princípios constitucionais.

Conclui, pugnando pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

Na análise das peças processuais, constato que a infração **01 - 05.08.01** diz respeito a imputação diz respeito a falta de recolhimento do ICMS pela constatação de omissão de saídas de mercadorias tributadas, presumida por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito e débito em valores inferiores aos valores fornecidos por administradoras de cartões de crédito.

A infração está fundamentada no § 4º do artigo 4º, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.542 de 27/12/02, efeitos a partir de 28/12/02, que prevê *in verbis*: “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”.

Desta forma, a declaração de vendas em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, independente de ter ocorrido através de ECF ou através da emissão de notas fiscais, indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, cabendo ao contribuinte comprovar a improcedência dessa presunção legal.

Observe que o sujeito passivo teve a oportunidade de exercer a ampla defesa e contraditório, eis que, recebeu os levantamentos fiscais às fls.26 e 28, inclusive um CD contendo os Relatórios TEF Diários informados pelas administradoras de cartões de crédito/débito. Na impugnação o sujeito passivo não apresentou nenhum questionamento em relação aos valores consignados no levantamento fiscal, nem comprovou a improcedência da presunção legal, se limitando, apenas, a arguições de inconstitucionalidades e de quebra de seu sigilo bancário, questões que passo a analisar.

Quanto à alegada quebra do sigilo, em virtude dos dados fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito, no caso em lide, é certo que o fisco agiu em consonância com a lei, visto que a autorização de acesso a estas informações, está prevista no art. 35-A, da Lei nº 7.014/96:

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.

Nesse sentido, a Lei Complementar nº 105/01 foi regulamentada para disciplinar o envio das informações das Administradoras de cartões sem violar o dever de sigilo obrigatório - art. 2º do Decreto nº 4489/2002, conforme disposto abaixo:

Art. 2º - As informações de que trata este Decreto, referentes às operações financeiras descritas no § 1º do art.5º da Lei Complementar nº 105, de 2001, serão prestadas, continuamente, em arquivos digitais, de acordo com as especificações definidas pela Secretaria da Receita Federal, e restringir-se-ão a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e com os montantes globais mensalmente movimentados, relativos a cada usuário, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos efetuados.

No inciso XIII do § 1º do artigo 5º da LC 105/01, está previsto que consideram-se operações financeiras, as operações com cartão de crédito.

Já a Cláusula segunda do Convênio ECF 01/98 reza que “As administradoras de cartão de crédito ou débito fornecerão as informações previstas na cláusula anterior, em função de cada operação ou prestação.....”.

Por outro lado, a Justiça tem acolhido a procedência dos lançamentos efetuados com base nas informações prestadas pelos bancos e demais instituições financeiras, a exemplo da ementa abaixo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0001375-96.2014.404.0000/SC. RELATOR: Des. Federal OTÁVIO ROBERTO PAMPLONA EMENTA: TRIBUTÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA. PROCESSO ADMINISTRATIVO. SIGILO BANCÁRIO. QUEBRA. FINS TRIBUTÁRIOS. POSSIBILIDADE. TRIBUTAÇÃO COM BASE NO ART. 42 DA LEI 9.430/96. PRESUNÇÃO JURIS TANTUM NÃO AFASTADA. 1. Não se desconhece a decisão do eg. STF proferida no julgamento do RE nº 389808/PR, Rel. Min. MARCO AURÉLIO. Todavia, enquanto não houver o exame definitivo acerca da constitucionalidade da quebra de sigilo bancário por todos os Ministros do STF, especialmente nas ADIs nºs 2386-1, 2397-7, 2406-0 e 2446-9, Rel. Min.DIAS TOFFOLI, a LC 105/2001 goza da presunção de constitucionalidade, não subsistindo motivo para declarar nulo o lançamento. 2. Ademais, este Regional já se posicionou sobre o tema no julgamento da arguição de inconstitucionalidade na AMS nº 2005.72.01.000181-9/SC que, consoante o disposto nos arts. 97 da CF/88 e 480/482 do CPC, vincula os componentes deste Colegiado até decisão definitiva da Suprema Corte. 3. Legítima a apuração dos tributos com base nos valores creditados em conta bancária, na forma do art. 42 da Lei 9.430/96, se, oportunizada a comprovação da origem dos recursos, não houve atendimento. Registre-se, por oportuno, que vem sendo admitida a presunção juris tantum da omissão de receitas, com fundamento no art. 42 da Lei nº 9.430/96, quando o titular da conta bancária creditada não apresenta elementos suficientes para justificar a natureza e origem dos recursos, não sendo óbice ao lançamento o disposto na súmula 182 do TFR. 4. Agravo provido.

Pelo exposto, não merece acolhimento os argumentos do impugnante quanto às alegações de utilização de informações protegidas pelo sigilo bancário.

Portanto, por certo que a argumentação defensiva de quebra de sigilo bancário, se trata de aspecto que envolve a análise e declaração de inconstitucionalidade. Sobre esta questão, ocorre que tais alegações não podem ser apreciadas por este colegiado, pois, ao teor do disposto no artigo 167, I, do RPAF/99, a apreciação da inconstitucionalidade da legislação tributária estadual não se inclui na competência deste órgão julgador.

Também não deve ser acolhido o pedido do contribuinte em relação à multa aplicada pelo descumprimento da obrigação principal, visto é prevista no artigo 42, inciso III, da Lei nº 7.014/95, sendo que as alegações concernentes ao seu caráter confiscatório não devem ser apreciadas por estar prevista na citada lei, e em face do disposto no artigo 167, inciso I, do RPAF/99.

Cumprе consignar de ofício, que considerando que foram indiscriminadamente excluídas da vendas informadas pelas administradoras de cartões o montante mensal das notas fiscais

declaradas nas DMA's pelo autuado, sem que para tanto tenha sido feito a devida correlação entre valores e datas da aludidas notas fiscais e as operações individualizadas no Relatório TEF, por operações constante no CD à fl. 30, com base no art. 156 do RPAF represento a autoridade fazendária da circunscrição fiscal do autuado para programar nova ação fiscal visando verificar se a existência de valores não considerados neste processo.

Por fim, saliento que a legislação tributária prevê que deve ser declarada a nulidade processual no que tange ao procedimento fiscal que não traz a certeza e liquidez do crédito tributário, em razão da ausência de provas materiais da acusação fiscal, ou quando, restar caracterizado o cerceamento ao direito da ampla defesa e do contraditório. Portanto, para ser declarada a nulidade processual no que tange ao procedimento fiscal efetuado pelo Fisco, é necessário que fique evidenciado que este deixou de observar normas que norteiam a legislação tributária e o devido processo legal. No caso, a fiscalização agiu em perfeita conformidade com a legislação acima citada.

Quanto à ilegalidade da aplicação da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC) para cobrança e cálculo dos juros moratórios, não obstante as alegações defensivas, a mencionada taxa é prevista no inciso II, do § 2º, do art. 102, da Lei nº 3.965/81 (COTEB), não cabendo a este órgão julgador a declaração de sua ilegalidade ou inconstitucionalidade, nos termos do art. 167, I, do RPAF/99.

Nestas circunstâncias, ficam rejeitadas as arguições de nulidade, tendo em vista que o lançamento fiscal está revestido das formalidades legais, não havendo qualquer irregularidade em sua constituição que contrarie o RPAF/BA aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/1999, e no mérito, restando caracterizada a infração, julgo procedente o lançamento tributário em questão.

Com relação à infração 02 – 16.14.02, este item diz respeito a aplicação da multa no valor de R\$5.520,00, pelo fato de o autuado ter deixado de efetuar a entrega de Arquivo Eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD, na forma e no prazo previsto na Legislação Tributária, nos meses de janeiro a abril de 2014.

Na defesa o autuado silenciou quanto a acusação fiscal, devendo por isso ser aplicado o disposto no artigo 140 do RPAF/99 (O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas).

Restando caracterizado o cometimento da infração prevista no artigo 42, XIII-A, "I", da Lei 7014/96, julgo subsistente a multa no valor de R\$5.520,00.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **146468.0137/15-4**, lavrado contra **POLO WEAR BELE VISTA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.047.806,68**, acrescido da multa de 100%, prevista no artigo 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$5.520,00**, prevista no inciso XIII-A, "I", do citado dispositivo legal e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de julho de 2016.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS OLIVEIRA – JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ JULGADOR