

PROCESSO	- A. I. N° 298618.0011/16-8
RECORRENTES	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e JHS COMÉRCIO DE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA.
RECORRIDOS	- JHS COMÉRCIO DE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS	- RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF n° 0174-02/17
ORIGEM	- INFRAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 12/12/2018

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0313-11/18

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NOS DOCUMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A diferença apurada entre o valor das vendas registradas em cartão de crédito e o valor informado pela administradora do cartão indica que o sujeito passivo efetuou vendas sem emissão do documento fiscal correspondente. Refeitos os cálculos, mediante revisão efetuada pelo autuante, o débito originalmente apurado ficou reduzido. Não acolhidas as preliminares arguidas. Mantida a Decisão recorrida. Recursos NÃO PROVIDOS. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício encaminhado pela 2ª JJF, em face da desoneração determinada no julgamento do processo referente o Auto de Infração nº 298618.0011/16-8, com valor originário de R\$339.857,48, para R\$79.966,47, e Recurso Voluntário impetrado pela Recorrente, de relação ao valor remanescente, pelo cometimento da seguinte infração:

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 valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.”*

Consta na Descrição dos Fatos:

FORAM ENCONTRADAS AS SEGUINTE IRREGULARIDADES: Contribuinte apresentou Boletim de Ocorrência e publicação em jornais onde informa terem sido furtadas cinco máquinas ECF. Como não podemos verificar as divergências entre as divergências entre os valores informados pelas Administradoras de cartão e as ECF que o contribuinte diz terem sido furtadas, consideramos como valores não emitidos os cupons fiscais das referidas máquinas.

Analizando o Auto de Infração, as informações prestadas pelo preposto autuante e a peça defensiva apresentada pela Recorrente, assim se pronunciou a 2ª JJF:

O lançamento constitui-se em uma única infração arrolada pela fiscalização, objeto de defesa por parte da empresa autuada.

O autuante, quando do lançamento, descreveu com precisão a infração cometida, apontando a conduta praticada pelo contribuinte, os artigos infringidos, a previsão legal da multa, os prazos para interposição de defesa, ou usufruto do benefício de redução dos percentuais de multa, além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida no artigo 39 do RPAF/99.

Tanto é assim que a empresa autuada compareceu ao processo, exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa, prova disso é que abordou todos os aspectos da infração trazendo fatos e argumentos que ao seu entender elidiriam a mesma, com precisão e exercendo sem qualquer restrição o contraditório.

Em preliminar, a defesa argumenta a nulidade do procedimento, diante do fato de ter sido quebrado o sigilo bancário da empresa autuada, em desconformidade com o teor do artigo 6º da Lei Complementar 105/01, o

qual preceitua:

“Art. 6º. As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária”.

Em primeiro lugar, observo que apesar de toda a tese desenvolvida pela defesa, a mesma afirma taxativamente que tal diploma foi considerado constitucional pelo julgado trazido do STF de relatoria do Ministro Dias Toffoli, o que de plano, afasta qualquer discussão ou dúvida a respeito.

Da intelecção de tal regra legal, se depreende que o requisito para a validade do aproveitamento de dados fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito/débito, é “quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente”.

Ou seja: necessária a existência de processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso. No caso em comento, inegável a existência de procedimento fiscal, iniciado a partir da emissão de Ordem de Serviço para a realização de procedimento de auditoria na empresa, emanado por autoridade hierarquicamente superior ao do executante, não existindo nenhuma regra legal de que tal autoridade deveria ser, nas palavras da autuada “Diretor da Delegacia Regional Tributária ou pelo Diretor Executivo da Administração Tributária”, até pelo fato de, na estrutura da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia tais figuras inexistirem com as nomenclaturas indicadas.

Fato é que a emissão de Ordem de Serviço para fiscalização no estabelecimento autuado, e a sua comunicação acerca do início da ação fiscal, explicitado através das intimações acostadas às fls. 06, 07 e 08 dos autos, devidamente assinadas nas pessoas de Priscila Andrade Fonseca de Souza, preposta da empresa autuada, datadas de 08 e 10 de agosto de 2016, respectivamente, ou seja, mais de um mês antes da lavratura do Auto de Infração, cuja data, é de 29 de setembro de 2016.

Sabido é que, nos termos contidos no artigo 26, inciso III do RPAF/99, considera-se iniciado o procedimento fiscal no momento da intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento ou exhibir elementos solicitados pela fiscalização. Logo, atendido o requisito normativo, diante da existência de procedimento fiscal em curso.

A obtenção de tais dados junto às administradoras de cartões, como sobejamente sabido, possui a devida previsão legal, prevista não somente na Lei Complementar 105/01, assimilada pela Lei 7.014/96 em seu artigo 35-A, acrescentado pela Lei 9.837, de 19/12/05, Diário Oficial do Estado de 20/12/05, surtindo seus efeitos a partir de 01/01/06.

Da mesma forma, o CTN estipula em seu artigo 197, inciso II, que 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, os bancos, casas bancárias, Caixas Econômicas e demais instituições financeiras, aí abrangidas as operadoras de cartões de crédito/débito.

Quanto a tese de violação do sigilo bancário, o que ao entender da defesa, acarretaria a nulidade do feito, não a acolho, diante do fato de que se na esfera administrativa se trata de matéria pacificada no sentido de não se considerar que a obtenção de dados junto às administradoras de cartões de crédito/débito se constitui em violação de direito do contribuinte, atendidos aos requisitos legais, no Poder Judiciário, a matéria também caminha no mesmo sentido.

Neste aspecto, posso mencionar, por exemplo, teor de decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao examinar, através da 1ª Câmara de Direito Público, matéria análoga, na Apelação com revisão 0015882-86.2013.8.26.0053, julgada em 07 de outubro de 2015, a qual possui a seguinte Ementa:

“ANULAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO ICMS - REGIME SIMPLES PAULISTA - “OPERAÇÃO CARTÃO VERMELHO”. DIFERENÇAS ENTRE AS RECEITAS DECLARADAS PELA CONTRIBUINTE E AQUELAS REFERENTES AOS DADOS FORNECIDOS POR ADMINISTRADORAS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DÉBITO. NEGATIVA DE APRESENTAÇÃO DE INFORMAÇÕES SOBRE O PERÍODO EM DESCONFORMIDADE - QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO E FISCAL DO CONTRIBUINTE. NULIDADE NÃO VERIFICADA. PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÕES POR INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS AO FISCO QUE TEM PREVISÃO EXPRESSA NA LC Nº 105/01. PROCEDIMENTO FISCALIZATÓRIO PREVISTO NO INCISO X, DO ART. 75, DA LEI Nº 6.374/1989 E NA PORTARIA CAT-87. O ARTIGO 144, § 1º, DO CTN DISPÕE QUE SE APLICA IMEDIATAMENTE AO LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO A LEGISLAÇÃO QUE, APÓS AOCORRÊNCIA DO FATO IMPONÍVEL,

TENHA INSTITUÍDO NOVOS CRITÉRIOS DE APURAÇÃO OU PROCESSOS DE FISCALIZAÇÃO, AMPLIANDO OS PODERES DE INVESTIGAÇÃO DAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS. PRECEDENTES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES.

Decisão reformada.

Recurso provido”.

De tal decisão, destaco o seguinte trecho do Relator, Desembargador Kenishi Koyama:

“A contribuinte, alega que foi penalizada nos moldes da “operação cartão vermelho”, da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, com base em prova ilícita, obtida sem a devida observância do seu direito a garantia constitucional de sua intimidade e do sigilo bancário, bem como sem o devido procedimento legal administrativo.

Ora, não há como negar ao poder público a sua missão de investigar e fiscalizar, impedindo-o de alcançar a verdade acerca dos negócios transacionais por empresas que por qualquer motivo, não efetuaram o devido recolhimento do imposto sobre as transações.

O Fisco computou as operações realizadas com cartões de crédito/débito e deduziu as operações registradas no Livro Registro de Saídas/GIAs, apurando uma diferença de lançamento. A autora foi notificada para demonstrar e comprovar os valores das operações realizadas por meio de cartões de crédito/débito. Não há qualquer notícia de que documentos tenham sido apresentados pela autora à autoridade fiscal. Assim, a apelada foi autuada por ter informado durante os exercícios de 2006 a 2007 vendas em valor inferior ao informado pelas administradoras de cartões de crédito/débito.

A Lei Estadual 12.294/06 impôs às administradoras de cartões a obrigação de apresentar ao Fisco Paulista, mensalmente, os arquivos digitais referentes aos recebimentos dos estabelecimentos credenciados para operar com cartões de crédito e débito, bem como a Lei Estadual 12.186/06 que condicionou o ingresso ou permanência no regime simplificado à autorização do contribuinte para que as operadoras de cartão de crédito ou débito informassem o movimento financeiro do contribuinte.

A Lei Complementar nº 105, de 10.1.2001, que dispõe sobre o sigilo das operações das instituições financeiras, dispõe em seu art. 6º:

‘Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente’.

A respeito do tema, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Cautelar nº 33/PR, emitiu voto (Ministra Ellen Gracie):

‘Tratando-se do acesso do fisco as movimentações bancárias de contribuinte, não há que se falar em vedação à exposição da vida privada ao domínio público, pois isso não ocorre. Os dados ou informações passam da instituição financeira ao fisco, mantendo-se o sigilo que os preserva do conhecimento público. É que o art. 198 do CTN vedava a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades, o que se costuma designar por sigilo fiscal. O que ocorre não é propriamente a quebra de sigilo, mas a “transferência de sigilo” dos bancos ao fisco. Os dados até então protegidos pelo sigilo bancário prosseguem protegidos pelo sigilo fiscal, não havendo risco de publicidade. Há, pois, obrigações no sentido da transparência e da tolerância à fiscalização, sem o que o fisco não teria meios para operar. Aliás, o Ministro Cezar Peluso, na assentada anterior, frisou: Se os dados como tais...forem invioláveis, não há nenhum meio possível, por exemplo, de fiscalização tributária, porque os dados são objeto dos registros. Isto é, se o fisco não tem o direito de proceder a fiscalização in loco e ter acesso a dados, a fiscalização é simplesmente inviável...’

(...)

Assim, tem-se que os agentes fiscais, no caso, apenas deram cumprimento às determinações legais, observando o princípio da legalidade estrita que norteia a Administração Pública.

Diante do exposto, tem-se que foi regular a autuação da autora, que foi penalizada por não ter prestado os esclarecimentos quanto à diferença apurada.

Este E. Tribunal de Justiça já se manifestou inúmeras vezes pela manutenção da autuação em casos semelhantes”.

Da mesma forma o Tribunal de Justiça do Distrito Federal assim decidiu, ao analisar a Apelação Civil 20120111899883 DF 0082051-37.2012.8.07.0015, em julgamento ocorrido em 04 de fevereiro de 2015,

tendo como Relator o Desembargador Cruz Macedo:

“PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. REPERCUSSÃO GERAL. SUSPENSÃO DO FEITO AFASTADA. MULTA ADMINISTRATIVA. NATUREZA CONFISCATÓRIA AFASTADA. CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO DE ICMS. INFORMAÇÕES PRESTADAS PELAS OPERADORAS DE CARTÕES DE CRÉDITO/DÉBITO AO FISCO. QUEBRA DO SIGILO FISCAL. AUSÊNCIA.

(...)

2. O Art. 197, inciso II, do Código Tributário Nacional, admite que as autoridades fazendárias solicitem informações aos bancos e às demais instituições financeiras com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros. Assim, a atuação do Distrito Federal não constitui imprópria quebra de segredo fiscal.

3. Verificando-se a ocorrência de sonegação, fraude ou conluio, mostra-se correta a aplicação de multa no percentual de 200% (duzentos por cento) do valor do imposto.

4. Se a multa reveste-se de caráter de penalidade administrativa, por descumprimento de comando legal, sua aplicação está vinculada à atividade dos agentes fiscais, razão pela qual não pode ser considerada confiscatória, na medida em que descrita em lei e somente aplicada após a incidência de prática vedada na legislação vigente.

5. Recurso da autora não provido. Recurso do réu provido”.

Já o TRF da 2ª Região, na 4ª Turma Especializada, analisando a Apelação Civil 200751100082766, julgada em 26 de outubro de 2010, em voto condutor do Desembargador Federal Luís Antônio Soares, trilhou no mesmo entendimento, como denota a sua Ementa:

“MANDADO DE SEGURANÇA – CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO – INFORMAÇÕES OBTIDAS DE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS E ADMINISTRADORAS DE CARTÕES DE CRÉDITO - LEI COMPLR Nº 105/2001 - LEI Nº 10.174/2001 - LEI Nº 9.311/96. POSSIBILIDADE.

1- A norma que permite a utilização de informações bancárias para fins de apuração de crédito tributário, por ser de natureza procedural, tem aplicação imediata, alcançando mesmo fatos pretéritos (art. 144, § 1º, do CTN).

2- O sigilo bancário, que é espécie de direito à privacidade, que a Constituição protege (art. 5º, X), não é um direito absoluto, que deve ceder diante do interesse público, do interesse social e do interesse da Justiça; certo é, também, que ele há de ceder na forma, com observância do procedimento estabelecido em lei e com respeito ao princípio da razoabilidade.

3- A Constituição Federal impede o acesso a ações comunicativas, podendo, entretanto, os dados comunicados ou armazenados, como é o caso dos dados bancários, serem acessados quando há um interesse maior dando suporte a tanto.

4- O acesso a informações junto a instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, para fins de apuração de ilícito fiscal, não configura ofensa ao princípio da inviolabilidade do sigilo bancário, desde que cumpridas as formalidades exigidas pela Lei Complementar 105/2001 e pelo Decreto 3.724/2001.

5- O procedimento de quebra do sigilo bancário conferido à Administração Pública, sem prévia autorização judicial, não importa em arbitrariedade, porquanto resta garantida ao contribuinte a observância do devido processo administrativo, até porque se impõe ao Fisco o sigilo sobre os dados obtidos em relação a outros fins, diversos dos tributos. Ademais, o contribuinte terá a possibilidade de recorrer ao Judiciário, no caso de atuação arbitrária da autoridade fiscal.

6- Recurso improvido”.

No âmbito do STF, destaco as seguintes decisões:

“EMENTA: - CONSTITUCIONAL. SIGILO BANCÁRIO: QUEBRA. ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO. CF, art. 5º, X. I. - Se é certo que o sigilo bancário, que é espécie de direito à privacidade, que a Constituição protege art. 5º, X não é um direito absoluto, que deve ceder diante do interesse público, do interesse social e do interesse da Justiça, certo é, também, que ele há de ceder na forma e com observância de procedimento estabelecido em lei e com respeito ao princípio da razoabilidade. No caso, a questão foi posta, pela recorrente, sob o ponto de vista puramente constitucional, certo, entretanto, que a disposição constitucional é garantidora do direito, estando as exceções na norma infraconstitucional. II. - R.E. não conhecido” (RE 219.780, Relator Ministro Carlos Mário Velloso, Segunda Turma, DJ 10.9.1999).

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. SIGILO BANCÁRIO. QUEBRA. PROCEDIMENTO LEGAL. OFENSA INDIRETA À CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. Controvérsia decidida à luz de normas infraconstitucionais. Ofensa indireta à Constituição do Brasil. 2. O sigilo bancário, espécie de direito à privacidade protegido pela Constituição de 1988, não é absoluto, pois deve ceder diante dos interesses público, social e da Justiça. Assim, deve ceder também na forma e com observância de procedimento legal e com respeito ao princípio da razoabilidade. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento" (AI 655.298-AgR, Relator Ministro Eros Grau, Segunda Turma, DJE 28.9.2007).

Como se verifica, inclusive das decisões do STF, o conceito de sigilo bancário não se apresenta como absoluto, diante da prevalência do interesse público, desde que respeitado o processo legal, já analisado linhas atrás, o que concede validade e legitimidade ao procedimento de obtenção dos dados de cartões, quer de débito, quer de crédito, junto às suas administradoras, afastando de uma vez por todas eventual nulidade vislumbrada pela autuada, ainda mais se considerarmos a observação do autuante de que cinco equipamentos emissores de cupons fiscais foram alegadamente furtados da autuada, como se isso pudesse acontecer sem mais nem menos, além do que, o roteiro de fiscalização aplicado se mostra condizente com a atividade do sujeito passivo (restaurante, bar e fornecimento de alimentação).

Logo, rejeito a preliminar arguida, por lhe faltar a devida base legal, e tendo em vista a observância da legislação pelo preposto fiscal, e inexistência de violação ao sigilo fiscal ou bancário do sujeito passivo, consoante abordado linhas acima.

No mérito, a autuada, de forma objetiva não contesta as operações autuadas, apenas e tão somente se insurge contra a aplicação de alíquota de 17%, vez que na condição de restaurante e fornecedora de refeições entende que a tributação deveria ser feita aplicando-se 4% sobre as omissões apuradas, com o que o autuante não concorda em um primeiro momento, mas em sede de diligência acolhe, refazendo os demonstrativos de apuração do imposto, o que implicou em redução do montante lançado.

Em verdade, ainda que a defesa fale em alíquota, o que ocorre é que, para o ramo de atividade da empresa autuada, a previsão legal é de redução de base de cálculo, com carga equivalente a 4%.

Com efeito, o artigo 267, inciso VI do RICMS/12, prevê seja reduzida a base de cálculo do ICMS, em opção à utilização de quaisquer outros créditos fiscais, para as operações realizadas por restaurantes, churrascarias, pizzarias, lanchonetes, bares, padarias, pastelarias, confeitarias, doçarias, bombonérias, sorveterias, casas de chá, lojas de "delicatessen", serviços de "buffet", hotéis, motéis, pousadas, fornecedores de salgados, refeições e outros serviços de alimentação, de forma que a carga tributária seja equivalente a 4% (quatro por cento), sendo incontestável tal aplicação no caso, estando a defesa, quanto a este aspecto, devidamente albergada pela legislação.

A fim de permitir o pleno exercício do direito defesa da autuada, à vista de nos fólios não constar a entrega ao sujeito passivo dos Relatórios TEF diários, base para a autuação, foi o feito convertido em diligência para este fim, com reabertura do prazo de defesa, ainda assim, não vieram argumentos contundentes e objetivos contrários à acusação, a não ser os já devidamente postos quando da apresentação da primeira defesa.

Desta forma, plenamente possível a aplicação do teor dos artigos 140 (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) e 142 do RPAF/99 (a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária).

Diante da inexistência de qualquer elemento de prova da autuada no sentido de desqualificar os dados apresentados pelo autuante, retificando o lançamento, acato o novo demonstrativo de fls. 125, 126 e 127 elaborado pelo autuante em sede de diligência solicitada por este Relator, que se apresenta correto, tendo sido aplicada inclusive a proporcionalidade, cujos índices e valores sequer foram contestados pela autuada, o qual aponta débito de ICMS de R\$ 79.966,47.

No tocante à alegação de confiscação de multa, diante do percentual aplicado, observo que dentre os princípios vigentes no processo administrativo, um deles, dentre os de maior importância é o da legalidade, o qual tem a sua gênese na Constituição Federal, artigo 5º, inciso II, ao dispor que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". Esse princípio tem forte ligação com o próprio Estado de Direito, uma vez que nele é assegurado o "império da lei" ou "jus imperium".

No campo tributário, este princípio encontra-se devidamente explícito no artigo 150, inciso I da Carta Magna, ao dispor que "nenhum tributo pode ser criado, aumentado, reduzido ou extinto sem que seja por lei". Desse comando, depreende-se que aos Estados, compete instituir e normatizar os tributos estaduais. Dessa forma, somente a lei poderá diminuir e isentar tributos, parcelar e perdoar débitos tributários, criar obrigações acessórias, sendo necessário que haja competência do ente para que seja válida sua criação, competência essa descrita no próprio corpo do texto constitucional.

O professor Roque Antonio Carrazza em seu livro *Princípios Constitucionais Tributários*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, ensina que “O princípio da legalidade garante, decisivamente, a segurança das pessoas, diante da tributação. De fato, de pouco valeria a Constituição proteger a propriedade privada (arts. 5º, XXII, e 170, II) se existisse a garantia cabal e solene de que os tributos não seriam fixados ou alterados pelo Poder Executivo, mas só pela lei”.

E por tais razões, cabe a todos a estrita obediência à norma legal, dentro dos parâmetros e limites estabelecidos na Constituição Federal, a qual, inclusive, determina que os conflitos sejam mediados e decididos pelo Poder Judiciário.

Dessa forma, existe todo um conjunto legal, o qual segue regramento específico para a edição e cumprimento das normas, as quais se aplicam indiferentemente a todos independente de qualquer critério. Assim, dentro de cada competência, os entes federativos constroem as normas que hão de vigorar relativamente àqueles tributos que lhes cabem. E assim o fez o Estado da Bahia, ao promulgar a Lei nº. 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia) disciplinou nos artigos 46 e 47, as penalidades à infração da legislação do ICMS.

Com a edição da Lei nº. 7.014/96, a qual adequou a legislação estadual aos ditames da Lei Complementar 87/96, no seu artigo 40 e seguintes, conceitua, tipifica e determina as regras e percentuais de penalidades a serem aplicadas diante da constatação de descumprimento de obrigação tributária, bem como os percentuais de redução das mesmas, e as condições necessárias para tal.

O Agente fiscal, no momento do lançamento tributário, deve, pois, em atenção às normas legais vigentes, aplicar os percentuais previstos para cada uma das infrações verificadas, em nome não somente do princípio da legalidade, como, igualmente, do princípio da segurança jurídica, não estando a sua aplicação sujeita à discricionariedade, senão da Lei.

Quanto a solicitação de relevação da multa para este item, esclareço, por oportuno, que esta instância não possui tal competência, vez se tratar de obrigação relativa a descumprimento de obrigação principal e não acessória esta sim, possível de ser reduzida ou dispensada pelo órgão julgador, nos termos contidos no artigo 158 do RPAF/99, em respeito ao preceito contido no § 7º do artigo 42 da Lei 7.014/96. Desta maneira, pelos expostos motivos julgo o lançamento procedente em parte, acatando os ajustes realizados em sede de diligência pelo autuante (fls. 125 a 127), remanescendo débito no montante de R\$79.966,47.

Cientificada da decisão proferida nos termos acima, a Recorrente apresentou Recurso Voluntário, fls. 134 a 146, onde apresenta razões recursivas, que passo a analisar.

De início afirma a Recorrente da tempestividade do seu recurso, amparado no que dispõe o RPAF/BAHIA, artigos 169, inciso I, aliena “b”, e 171, requerendo o recebimento e processamento do mesmo com encaminhamento a instância julgadora.

Tratando **DOS FATOS**, a Recorrente faz um relato da infração que lhe foi acometida, transcrevendo os termos definidos pelo preposto autuante para a infração e sua tipificação, dando destaque ao fato de a autuação estar lastreada em informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito/débito, de que originaria o suposto crédito tributário reclamado.

Rememora o que apresentou a título de alegações em sua peça defensiva inicial, dando destaque aos tópicos a seguir descritos:

“(i) nulidade do presente AIIM em razão da ausência de procedimento fiscal anterior que possibilitaria o acesso às informações das operadoras de cartões de crédito e débito; (ii) a aplicação equivocada da alíquota de 17%, em razão de regime especial concedido pela Secretaria da Fazenda às empresas que exercem atividade econômica de fornecimento de alimentação, previsto no artigo 267, inciso VI do Decreto nº 13.780/12 (RICMS/BA), que determina alíquota de 4% para as empresas do setor alimentício e; (iii) a abusividade da multa.”

Sequenciando sua peça recursiva, a Recorrente faz referência ao resultado da diligência determinada pela 2ª JJF, em especial quando acata a sua pretensão de que a cobrança efetuada fosse feita com base na alíquota de 4% ao invés de 17%, como pretendido na autuação, o que determinaria uma redução no valor do tributo cobrado. Saliente-se que, como bem mencionado pelo eminentíssimo relator na primeira instância, não se trata de aplicação da alíquota de 4%, mas, na redução da base de cálculo de forma que a tributação se torne equivalente a 4%.

Em seguida a Recorrente faz referência ao percentual da multa aplicada pelo autuante, considerando-a desproporcional ao valor mantido a tributo, para voltar a afirmar da nulidade do Auto de Infração.

Abordando **DO DIREITO**, a Recorrente toma por base para sua argumentação o que destaca em sua peça:

DA NULIDADE DO PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO - DA IMPOSSIBILIDADE DE OBTENÇÃO DE INFORMAÇÕES FINANCEIRAS SIGILOSAS SEM PRÉVIA INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO REGULAR

Destaca o que determina a Lei nº 7.014/96 no seu artigo 35-A, que transcreve: “*Art. 35-A. 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.*”

Mesmo dando destaque ao dispositivo acima, repisa a Recorrente a pretensão de nulidade da autuação, com base no que dispõe a Lei Complementar 05/2001 no seu artigo 6º, que assim se expressa:

“*Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.*” (grifo da Recorrente).

Destaca mais a Recorrente, com base no que dispõe o dispositivo acima transcrito, para embasar a sua pretensão de nulidade da peça acusatória:

A leitura do dispositivo legal acima deixa claro, em primeiro lugar, a necessidade de procedimento ou processo administrativo fiscal já instaurado, o qual deve ser prévio à solicitação de quaisquer informações ou dados financeiros tocantes aos contribuintes. Não havendo diligências investigatórias já formalizadas, não pode o Fisco requerer os registros de instituições financeiras, com o fito de averiguar infrações in abstracto.

Em outras palavras, o acesso a informações concernentes a transações comerciais de sujeitos passivos, operadas por meio de instituições financeiras administradoras de cartões de crédito ou de débito, jamais poderá ocorrer sem qualquer procedimento administrativo já instaurado.

Reafirma que no caso em lide não ocorreu a instalação de processo investigatório que desse lugar à requisição das informações financeiras da Requerente para fins fiscalizatórios, não sendo pois lícito e desta forma desprovido de amparo legal a utilização destes dados para lavratura de Auto de Infração.

Reforçando sua argumentação, afirma: “*a requisição de informações junto às operadoras de cartões sobre os valores relativos a vendas praticadas pelo contribuinte necessitaria cumprir exigências, ou seja, (i) processo administrativo tributário previamente instaurado, (ii) procedimento de fiscalização em curso, (iii) além da prévia notificação à pessoa relacionada com os dados requisitados.*”

Citando decisão proferida pela 4ª JJF deste Conselho, cujo acórdão não identifica, transcreve a afirmativa: “*a quebra do sigilo bancário sem o processo administrativo devidamente instaurado ou em curso, com a prévia notificação da Recorrente, atribui invalidade e ilegitimidade para obtenção de dados dos cartões de débitos e créditos junto às administradoras.*”

Afirma ser ilícita a pretensão do Fisco em quebrar o sigilo financeiro do contribuinte sem que houvessem ocorridos fatos que assim o determinasse, identificando a ação do preposto autuante como sendo feita “*totalmente às cegas*”, o que alega não estar amparado em qualquer legislação, seja federal, estadual ou municipal.

Como sustentação para sua pretensão transcreve parecer do Ministro Dias Toffoli, como abaixo:

“*Os estados e municípios somente poderão obter as informações previstas no artigo 6º da LC 105/2001, uma vez regulamentada a matéria, de forma análoga ao Decreto Federal 3.724/2001, tal regulamentação deve conter as seguintes garantias: pertinência temática entre a obtenção das informações bancárias e o tributo objeto de cobrança no procedimento administrativo instaurado; a prévia notificação do contribuinte quanto a instauração do processo e a todos os demais atos; sujeição do pedido de acesso a um superior hierárquico; existência de sistemas eletrônicos de segurança que sejam certificados e com registro de*

acesso; estabelecimento de instrumentos efetivos de apuração e correção de desvios.” (Recurso Extraordinário nº 601314, Ação Direta de Inconstitucionalidade nºs 2390, 2386, 2397 e 2859).

Em continuação à sua pretensão alega que a Recorrente foi intimada a apresentar informações em meios magnéticos, sem qualquer menção a relatórios de administradoras de cartões de créditos, o que afirma, só ter tomado conhecimento desta utilização quando iniciado o processo de fiscalização. Destaca ainda mais que as informações já eram de conhecimento do preposto autuante antes de iniciado o processo de fiscalização, e que o mesmo não houvera sido autorizado por superior hierárquico do mesmo, condição que julga imprescindível para prosperar a ação fiscal.

Com base na argumentação acima, pugna pela ilegalidade e nulidade da autuação, lastreado no que dispõe a CF/88, no artigo 5º, incisos LIV e LV, que transcreve:

“LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”

Adentrando ao que destaca como DA ABUSIVIDADE DA MULTA APLICADA, a Recorrente volta a apresentar as mesmas razões aduzidas em sua peça defensiva inicial, não acatadas na decisão de piso, contestando a imposição da multa de 100%, determinada no artigo 42, inciso III da Lei 7.014/96, trazendo como alegação o que dispõe a CF/88 no artigo 150, inciso IV:

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

IV – utilizar tributo com efeito de confisco;”

Com base no que acima dispõe a CF, busca enquadrar a multa aplicada como confiscatória e sem razoabilidade, fugindo ao princípio da legalidade, além de desproporcional e fora do princípio da razoabilidade.

Traz em seu favor o que ensina Luiz Emygdio F. da Rosa Júnior, em sua obra Manual de Direito Financeiro e Direito Tributário, quando trata do conceito de confisco, bem como citação do Ministro Celso de Mello no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.075.

Após citar mais alguns julgamentos e citações de autores de relação ao caráter confiscatório das multas, a Recorrente afirma:

Assim, a aplicação de multa de 100% sobre o valor do imposto não recolhido tempestivamente, conforme prevê o artigo 42, inciso III da Lei 7.014/96, afronta diretamente os princípios constitucionais da vedação do efeito de confisco, da propriedade, da capacidade contributiva, da razoabilidade e proporcionalidade.

Por fim, a Recorrente, encerrando sua peça recursiva, ao tratar DO PEDIDO, requer:

Face o exposto, requer seja processado e conhecido o presente Recurso Ordinário, suspendendo-se a exigibilidade do crédito tributário, consoante disposição do artigo 151, inciso III, do Código Tributário Nacional, e acatar os argumentos consignados para que seja dado provimento, a fim de:

(i) julgar improcedente o Auto de Infração, anulando o lançamento do tributo e multa – tendo em vista que o presente AIIM é nulo em razão da ausência de procedimento fiscal anterior que possibilitaria o acesso às informações das operadoras de cartão de crédito e débito;

(ii) na remota hipótese deste i. Julgador assim não entender, requer seja relevada a multa aplicada, em razão da sua ilegalidade e efeito confiscatório.

VOTO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício encaminhado pela 2ª JJF, em face da desoneração determinada no julgamento do processo referente o Auto de Infração nº 298618.0011/16-8, com valor originário de R\$339.857,48, para R\$79.966,47, e Recurso Voluntário impetrado pela Recorrente, de relação ao valor remanescente, pelo cometimento da seguinte infração:

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 valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.”

Consta na Descrição dos Fatos:

FORAM ENCONTRADAS AS SEGUINTE IRREGULARIDADES: Contribuinte apresentou Boletim de Ocorrência e publicação em jornais onde informa terem sido furtadas cinco máquinas ECF. Como não podemos verificar as divergências entre as divergências entre os valores informados pelas Administradoras de cartão e as ECF que o contribuinte diz terem sido furtadas, consideramos como valores não emitidos os cupons fiscais das referidas máquinas.

Em virtude de a desoneração ter ultrapassado o limite estatuído no art. 169, I, “a” do RPAF-BA/1999 (Decreto nº 7.629/1999; Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), a 2ª JF recorreu de ofício da própria Decisão, contida no Acórdão nº 0174-02/17.

A desoneração efetuada foi baseada no que dispõe o RICMS no artigo 267, como abaixo:

Art. 267. É reduzida a base de cálculo do ICMS, em opção à utilização de quaisquer outros –se

VI - das operações realizadas por restaurantes, churrascarias, pizzarias, lanchonetes, bares, padarias, pastelarias, confeitarias, doçarias, bombonérias, sorveterias, casas de chá, lojas de “delicatessen”, serviços de “buffet”, hotéis, motéis, pousadas, fornecedores de salgados, refeições e outros serviços de alimentação, de forma que a carga tributária seja equivalente a 4% (quatro por cento).

Diante da certeza da decisão proferida não acolho o Recurso de Ofício para manter a desoneração definida.

De relação ao Recurso Voluntário, inicialmente analiso a preliminar suscitada de nulidade da autuação cuja argumentação foi totalmente baseada no que determina a Lei Complementar 105 de 10 de janeiro de 2001, em especial o seu artigo 6º, como transcreto:

“Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.”

Ao apresentar o artigo 6º como base para requerer a nulidade da autuação, esquivou-se a Recorrente de atentar para o que determina a mesma LC em seus artigos 1º e 5º:

Art. 1º As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

§ 4º A quebra de sigilo poderá ser decretada, quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, e especialmente nos seguintes crimes:

...
VII – contra a ordem tributária e a previdência social;

Art. 5º O Poder Executivo disciplinará, inclusive quanto à periodicidade e aos limites de valor, os critérios segundo os quais as instituições financeiras informarão à administração tributária da União, as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços.

...
XIII - operações com cartão de crédito;

Como se vê no descrito na LC 05/2001 está previsto a quebra do sigilo financeiro dos contribuintes, quando for do interesse do Fisco apurar irregularidades que impliquem em ilícitos fiscais, que foi o ocorrido com a autuação.

Ademais como afirmado pelo ilustre relator da 2ª JF:

“O autuante, quando do lançamento, descreveu com precisão a infração cometida, apontando a conduta praticada pelo contribuinte, os artigos infringidos, a previsão legal da multa, os prazos para interposição de defesa, ou usufruto do benefício de redução dos percentuais de multa, além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida no artigo 39 do RPAF/99.

Tanto é assim que a empresa autuada compareceu ao processo, exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa, prova disso é que abordou todos os aspectos da infração trazendo fatos e argumentos que ao seu

entender elidiriam a mesma, com precisão e exercendo sem qualquer restrição o contraditório.”

Diante do que acima se define, comungo com o que foi definido pela 2^a JJF e, desta forma, não acolho a preliminar de nulidade pretendida pela Recorrente.

Analizando o mérito da lide, observo que, muito embora tenha feito parte de suas alegações iniciais, não apresentou a Recorrente em sua peça recursiva a afirmativa de perdimento de equipamentos eletrônicos de seu uso fiscal, o que, em parte, dificultou o trabalho do autuante, que buscou comprovar através publicações em jornal de grande circulação no Estado, além de apresentar Boletim de Ocorrência Policial de nº BO-16-06694, da 16^a DT PITUBA.

Apesar de exercer seu direito de defesa, exceção à pretensão, atendida, de enquadramento das omissões levantadas na tributação de forma que a alíquota fique equivalente a 4%, nada traz a Recorrente ao processo que venha comprovar a improcedência da autuação, limitando-se a repisar a pretendida nulidade.

De relação à pretensão de constitucionalidade da multa aplicada, e suas repercussões de confisco, impropriedade, ilegitimidade e desproporcionalidade, como definido no RPAF no artigo 167:

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

I - a declaração de constitucionalidade;

Não acolho a mesma por não caber a esta Câmara competência para julgar a constitucionalidade das normas legais.

Desta forma, voto pelo NÃO PROVIMENTO aos Recursos de Ofício e Voluntário, mantendo a decisão proferida pela 2^a JJF no Acórdão nº 0174-02/17.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e manter a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE, o Auto de Infração nº 298618.0011/16-8 lavrado contra JHS COMÉRCIO DE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$79.966,47, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala de Sessões do CONSEF, 21 de novembro de 2018.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

JOSÉ ROSENVALDO EVANGELISTA RIOS – RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS