

PROCESSO - A. I. Nº 011275.0003/12-0
RECORRENTE - VALÉRIA COMERCIAL DE MADEIRAS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3º JF nº 0242-03/17
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 08/02/2018

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0010-11/19

EMENTA: ICMS. 1. SIMPLES NACIONAL. MICROEMPRESA. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. 2. 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. Os julgamentos judiciais colacionados ao processo acerca da quebra de sigilo bancário dos dados das administradoras de cartões de crédito, encontra-se superado por Recurso Extraordinário ao STF – RE 219780 - que ponderou que o sigilo bancário é espécie de direito à privacidade em que a CF protege em seu art. 5º. Contudo não é um direito absoluto, que deve ceder diante do interesse público, social e da justiça e não é certo que há de ceder com observância do procedimento estabelecido em lei e com respeito ao princípio da razoabilidade. O Recorrente não apresentou nenhum documento que elidisse a infração, mas tão somente pontuou questões formais do procedimento e de direito, no que toca ao acesso dos dados fornecidos por administradoras de cartões de crédito. Infrações 1 e 2 procedentes. Negada a preliminar de nulidade e o pedido de diligência. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente, de Recurso Voluntário decorrente da decisão em primeira instância neste Conselho de Fazenda Estadual que julgou Procedente o Auto de Infração em lide, lavrado em 15/12/2011, referente ao lançamento de ICMS no valor de R\$8.450,61, pela constatação de duas infrações a seguir relacionadas:

Infração 01 – 17.02.01: Recolhimento efetuado a menos do ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, implicando não recolhimento de parte do imposto, devido a erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menor, nos meses de julho a dezembro de 2008; junho a dezembro de 2009. Valor do débito: R\$6.137,93. Multa de 75%.

Infração 02 – 17.03.02: Omissão de saídas de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões, nos meses de julho a dezembro de 2008; junho, julho, agosto, novembro e dezembro de 2009. Valor do débito: R\$2.312,68. Multa de 150%.

Após a impugnação inicial e prestada a informação fiscal, a Junta acatou a Procedência do lançamento, com fundamento no voto abaixo transcrito:

VOTO

Inicialmente, observo que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades

apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos.

O autuado alega que nos exercícios de 2010 e 2011 foram consignados valores percentuais na “proporção da Substituição Tributária”, sem que a autuante tivesse informado os parâmetros ou como tais valores foram encontrados, o que prejudicou a defesa. Entende que restou comprovado que tal omissão ocasionou o cerceamento do direito de defesa do contribuinte e, conseqüentemente a nulidade da autuação fiscal. Disse que não há certeza ou liquidez do crédito reclamado pelo fisco, ensejando a nulidade de todo o procedimento fiscal.

Observe que a Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte optante pelo Simples Nacional deverá considerar a receita destacadamente, por mês e por estabelecimento, para fins de pagamento, conforme o caso, em relação às mercadorias sujeitas à substituição tributária, ou com a tributação concentrada em uma única etapa (monofásica), ou seja, com relação ao ICMS relativo à antecipação tributária com encerramento de tributação. Por isso, o próprio PGDAS já contém um campo destinado à informação dos valores relativos à revenda de mercadoria, fazendo a distinção quanto às mercadorias da substituição tributária.

Da mesma forma no roteiro de Auditoria AUDIG também consta um Anexo destinado à proporcionalidade das mercadorias da Substituição Tributária, nas mesmas situações previstas no PGDAS. No levantamento fiscal, a autuante indicou as receitas mensais de mercadorias da substituição tributária e o total da receita apurada, encontrando a proporção das mercadorias da substituição tributária, constituindo-se o referido cálculo uma operação aritmética sem maior dificuldade no seu entendimento.

O autuado apresentou o entendimento de que a autuação fiscal está eivada de nulidades, porque autuante concluiu pela existência de uma infração - venda de mercadoria sem emissão de nota fiscal, mas deveria relacionar todas as notas fiscais, discriminando-as uma a uma, sendo tal requisito indispensável para configurar a infração cometida.

Quanto a esta alegação, não há motivo de nulidade da autuação fiscal, haja vista que o item 02 do presente lançamento foi efetuado por presunção legal, em decorrência do levantamento de vendas efetuadas com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões, conforme os demonstrativos elaborados pela autuante (fls. 08 a 19). Neste caso, cabia ao contribuinte elidir a presunção legal, exibindo provas de que não cometeu a infração, nos termos do art. 123 do RPAF/99.

O defendente alegou que houve quebra de sigilo sem autorização judicial, considerando que foi efetuada a autuação com base em movimentações financeiras e informações de operadoras de cartões de crédito.

Observe que não se trata de quebra de sigilo pela fiscalização, como entendeu o autuado, haja vista que de acordo com o art. 35-A da Lei 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. Neste caso, a autuante efetuou o levantamento fiscal utilizando os dados fornecidos pelas administradoras de cartões, inexistindo a necessidade de autorização judicial para obter os referidos dados, já que se trata de previsão legal.

Trata-se da exigência de imposto decorrente de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões, no período fiscalizado, ou seja, foram constatadas divergências entre os valores informados pelas administradoras de cartão e os valores dos documentos fiscais emitidos pelas vendas efetuadas como pagamento por meio de cartão de débito/crédito, e o defendente não apresentou elemento suficiente para contrapor o mencionado levantamento fiscal.

O defendente afirmou que a autuante, diante de um indício de omissão de saída, deveria ter adotado outros procedimentos de investigação no sentido de corroborar o que se lhe apresentava como mera suspeita, que serviu de amparo para o levantamento efetuado, e tal fato por si só eiva de nulidade o auto de infração lavrado, em desobediência ao art. 142 do CTN.

Entendo que não houve qualquer desobediência ao referido art. 142 do CTN, na medida em que a autuação foi efetuada com base em levantamento fiscal realizado por autoridade administrativa competente para tal, tendo sido identificados o sujeito passivo, o montante do tributo devido e a multa cabível. Quanto ao ICMS declarado na DASN ou recolhido, foi considerado no levantamento fiscal, conforme se pode observar no demonstrativo “Análise ICMS Simples Nacional a Reclamar”, coluna “F”.

Rejeito a preliminar de nulidade argüida pelo autuado, uma vez que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e não se encontram os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para determinar a nulidade do presente Auto de Infração.

Quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de diligência, o presente processo foi

encaminhado por esta Junta de Julgamento Fiscal solicitando que fosse realizada revisão pela autuante, tendo sido prestada informação fiscal esclarecendo os pontos questionados no encaminhamento da diligência fiscal e concedido prazo para a manifestação pelo defendente.

No mérito, o primeiro item do Auto de Infração se refere ao recolhimento a menos do ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devido pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, implicando não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou de alíquota aplicada a menos, nos meses de janeiro de 2010 a dezembro de 2011.

Este primeiro item do Auto de Infração está relacionado com a infração 02. Em virtude disso, os demonstrativos do item 2º são compartilhados com os do item 1º, e em tal situação os documentos utilizados na elaboração dos demonstrativos do item 2º também se referem a este item da autuação.

No levantamento fiscal, a autuante adicionou às vendas declaradas os valores das omissões constatadas nos respectivos meses, apurando a receita. Foi efetuada a segregação e apuração da omissão de acordo com a proporcionalidade das receitas de mercadorias da substituição tributária, conforme estabelece o § 4º do art. 18 da Lei Complementar 123 de 14/12/2006. Com a nova receita calculada é que foram apurados os débitos constantes nas infrações 01 e 02 deste Auto de Infração, sendo observadas as alíquotas constantes no Anexo 1 da Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006.

De acordo com o § 4º do art. 18 da referida Lei Complementar 123/2006, o contribuinte deverá considerar destacadamente, para fins de pagamento do imposto: a) as receitas decorrentes da revenda de mercadorias; b) as receitas decorrentes da venda de mercadorias industrializadas pelo contribuinte; c) as receitas decorrentes da prestação de serviços, bem como a de locação de bens móveis; d) as receitas decorrentes da venda de mercadorias sujeitas a substituição tributária; e) as receitas decorrentes da exportação de mercadorias para o exterior, inclusive as vendas realizadas por meio de comercial exportadora ou do consórcio previsto na referida Lei Complementar. Portanto, foi efetuada análise dos documentos do autuado, relativos ao Simples Nacional, sendo considerados no levantamento fiscal os valores declarados na DASN ou recolhido pelo contribuinte, conforme a coluna F do demonstrativo “ANÁLISE DO ICMS SIMPLES A RECLAMAR” em cada exercício fiscalizado.

Vale salientar, que na apuração do montante devido no mês relativo a cada tributo, o contribuinte que apure receitas decorrentes da venda de mercadorias sujeitas à substituição tributária e receitas decorrentes da exportação de mercadorias para o exterior, terá direito a redução do valor a ser recolhido na forma do Simples Nacional, conforme estabelece o § 12 do art. 18 da mencionada Lei Complementar 123/06.

O 2º item do Auto de Infração trata de omissão de saída de mercadoria tributada presumida, apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões, nos meses de janeiro a novembro de 2010 e de janeiro a dezembro de 2011.

Foi apurada diferença entre o valor das vendas efetuadas com pagamentos por meio de cartão de crédito 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 7.014/96.

Trata-se de exigência de imposto por presunção legal, tendo sido entregue ao sujeito passivo o Relatório Diários por Operação TEF, o que possibilitou fazer o confronto dos valores obtidos nas reduções “Z” e notas fiscais de vendas com as informações prestadas pelas administradoras de cartões de débito/crédito.

À época dos fatos geradores, o autuado estava inscrito no SIMPLES NACIONAL, na condição de empresa de pequeno porte e foi apurada operação realizada sem documentação fiscal, ficando o contribuinte obrigado a recolher o tributo devido em decorrência da prática da infração apurada por meio do levantamento fiscal.

Observo que o Simples Nacional foi instituído pela Lei Complementar 123/2006, que estabelece um tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime único de arrecadação, inclusive obrigações acessórias.

Não se trata de comparar as vendas realizadas com o montante das operações com cartões de crédito/débito, e sim o confronto entre o total de vendas efetuadas pelo contribuinte de acordo com os documentos fiscais emitidos e os correspondentes valores dos cartões de crédito/débito, fornecidos por instituições financeiras e administradoras de cartões.

O defendente apresentou, em síntese, as seguintes alegações:

- 1. No demonstrativo da autuante deveria relacionar todas as notas fiscais, discriminando-as uma a uma, sendo tal requisito indispensável para configurar a infração cometida.*
- 2. Não consideração da quantidade de produtos comercializados, cujo ICMS já foi pago antecipadamente na modalidade substituição tributária.*

3. A autuante não observou a existência do pagamento do ICMS de forma antecipada, através de DAS, anexadas aos autos para efeito de comprovação.
4. A data de apresentação, citada no Extrato do Cartão, poderá corresponder à data do parcelamento da venda, quando feito em parcelas.

Considerando as alegações apresentadas pelo autuado, esta Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em diligência à Infaz de origem, solicitando que a autuante ou Auditor Fiscal estranho ao feito designado pela autoridade competente:

1. Juntasse ao presente PAF o Relatório Diário por Operações – TEF
2. Intimasse o autuado a apresentar demonstrativo referente aos boletos das operações com cartões de crédito ou de débito e correspondentes Notas Fiscais ou Cupons Fiscais emitidos.
3. Confrontasse o demonstrativo do item anterior com os documentos originais do autuado, fazendo as exclusões em relação aos documentos apresentados pelo defendente, comprobatórios da efetiva existência de documentação fiscal correspondente à venda efetuada com cartão de crédito ou de débito, de acordo com as respectivas datas e valores.
4. Solicitasse ao defendente apresentação de demonstrativo da proporcionalidade das mercadorias tributáveis e mercadorias sujeitas à substituição tributária, para efeito da segregação da receita.

Em atendimento, a autuante informou à fl. 619 que anexou mídia digital, planilhas e Relatório TEF utilizados na apuração das infrações (fls. 620 a 715).

Quanto ao argumento defensivo de que foram efetuados pagamentos por meio de DAS, disse que não procede. Os pagamentos efetuados em 2008 se referem a antecipação parcial e em 2009, constatou que os DAS anexados tratam de pagamentos do Simples Nacional, excluindo o ICMS, conforme extrato do Simples Nacional.

Afirmou que também não procede o argumento defensivo quanto às mercadorias da substituição tributária, conforme informações do estabelecimento junto ao Simples Nacional, não demonstrando a existência de vendas da Substituição Tributária, conforme Extrato do Simples Nacional que acostou aos autos. Esclareceu que não houve necessidade de uma nova solicitação para apresentação de notas fiscais.

Observe que embora o defendente tenha contestado as informações prestadas pela autuante não trouxe qualquer elemento capaz de descaracterizar a infração que lhe fora imputada, e como já foi observado na preliminar de nulidade, a autuante efetuou o levantamento fiscal utilizando os dados fornecidos pelas administradoras de cartões, conforme previsto no art. 35-A da Lei 7.014/96; são dados obtidos por meio dessas informações prestadas pelas administradoras, constantes nos arquivos desta SEFAZ/BA, sendo irrelevante a inexistência de timbre, como entendeu o defendente.

Trata-se de exigência de imposto por presunção legal, o que poderia ser elidido pelo sujeito passivo, tendo em vista que neste caso, cabe ao impugnante exibir provas de que não cometeu a infração, nos termos do art. 123 do RPAF/99, tendo sido entregues ao sujeito passivo as cópias do levantamento fiscal e o Relatório Diário por Operação TEF, o que possibilitou fazer o confronto dos valores obtidos nos documentos fiscais de vendas com as informações prestadas pelas administradoras de cartões de débito/crédito.

Vale salientar, que em relação à última informação fiscal, o defendente foi intimado, conforme fls. 782/783 dos autos. Decorrido o prazo concedido o autuado não se manifestou.

Entendo que está caracterizada a irregularidade apontada no Auto de Infração, sendo devido o imposto apurado nos demonstrativos elaborados pelo autuante, e concluo pela subsistência das infrações 01 e 02.

Quanto à multa e acréscimos legais decorrentes da autuação, a sua aplicação na infração 01 é consequência da falta de recolhimento espontâneo do imposto, o que resultou na lavratura do presente Auto de Infração, tendo sido indicado corretamente o percentual de 75%, com base no art. 35 da LC 123/06 combinado com o art. 44, I da Lei 9.430/96 e art. 16, inciso I da Resolução CGSN Nº 30 de 07/02/2008.

Os mencionados dispositivos legais estabelecem que “o descumprimento de obrigação principal devida no âmbito do Simples Nacional sujeita o infrator às seguintes multas:

I - 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença do tributo não pago ou recolhido (art. 44, I, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, com a Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)”

De acordo com o § 1º do art. 44 da Lei 9.430/96 e inciso II do art. 16 da Resolução CGSN Nº 30 de 07/02/2008, aplica-se a multa de 150% (cento e cinquenta por cento) sobre a totalidade ou diferença do tributo não pago ou recolhido, nos casos previstos nos artigos 71 (sonegação), 72 (fraude) e 73 (conluio) da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964. Neste caso, a legislação estabelece que multa duplicada quando forem identificadas as hipóteses descritas nos referidos artigos 71, 72 e 73 da Lei 4.502/1964, quais sejam sonegação, fraude e conluio.

Para se aplicar o mencionado dispositivo legal de forma a duplicar a multa para 150% é necessário estar caracterizado nos autos o dolo, elemento subjetivo que não pode ser presumido, devendo ficar demonstrado e comprovado. No caso em exame, a autuante, fundamentou a exigência do imposto como omissão de saídas e não apontou, sequer, qual dos três ilícitos descritos na Lei 4.502/64 que teria motivado a duplicação da multa exigida.

Assim, considerando as definições referentes à sonegação, fraude e conluio constantes nos arts. 71, 72 e 73 da Lei 4.502, de 30/11/1964, entendo que não houve no presente PAF o registro de fatos que comprovem a existência dos referidos elementos para ensejar a aplicação da multa no percentual de 150%, devendo ser reduzida a referida multa aplicada na infração 02, para 75%.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado com o resultado do julgamento, o contribuinte ingressou tempestivamente com Recurso Voluntário, às fls. 807/13 do PAF, alegando que a autuação fiscal é nula de pleno direito, conforme os fatos que passa a expor:

1. O Auto de Infração, baseou-se tão somente em levantamento de vendas de cartão de crédito/débito;
2. A Autuante, confeccionou e apresentou relatórios unilaterais sobre omissão de saída de mercadoria tributada PRESUMIDA;
3. A Autuante não intimou diretamente ao autuado para apresentação de documentos.

Alega que as notificações restam eivadas de nulidades, pois, em conformidade com o que preconiza nosso ordenamento jurídico, o Demonstrativo elaborado pelo Autuante deveria relacionar TODAS as notas fiscais, discriminando-as uma a uma, sendo tal requisito indispensável para configurar a infração cometida.

Que o cumprimento dos requisitos acima tem como única e exclusiva finalidade assegurar ao autuado o direito constitucionalmente previsto da ampla defesa, pois, somente com preenchimento de todos os requisitos, permitirá a obtenção de informações seguras ao autuado, estes importantes para a elaboração de sua defesa. Mas, de acordo ao que exaustivamente consta de todo o andamento deste AI, tudo baseou-se primeiramente nas informações buscadas nas operadoras de cartão antes de qualquer procedimento de fiscalização. Tanto que na Infração 2 consta “omissão de saída de mercadorias tributada PRESUMIDA por meio de levantamento de venda com pagamento, em cartão de débito”.

E que ante esta falha, originou a apuração de valores indevidos, no levantamento das notas fiscais dos produtos comercializados, pois denota-se que o Autuador auferiu valores aleatórios nos períodos fiscais abaixo descritos, corroborados pelo documental em anexo: Além dos erros acima, no tocante aos valores apurados, verifica-se que o Autuante não observou a existência do pagamento do ICMS antecipado, e de acordo à fl. 9 do acórdão em seu § 4 (...afirmou que também não procede ... Esclareceu que não houve necessidade de uma nova solicitação para apresentação de notas fiscais).

Em assim sendo, uma vez que deduziu pela não existência de substituição tributária de acordo aos documentos acostados pela autuada, deveria solicitar/intimar a apresentação das notas fiscais ou outro documento hábil para comprovação da antecipação e não se quedar a informar a Junta que não houve necessidade de requerer novos documentos.

Justifica que o Autuado, na qualidade de EPP, comercializa vários produtos inerentes a construção, não só madeira, e assim, como o tributo incidente em referidos produtos já foi recolhido pelo fabricante (via de regra), o revendedor, atacadista ou varejista, pode e deve excluir da base de cálculo do Simples Nacional os valores relativos ao ICMS, PIS e COFINS incidentes sobre a receita da venda desses produtos, conforme o caso, e desta forma, tal deve ser analisado pelo Autuador. A previsão para a exclusão dos valores consta no art. 18, § 4º-A, I, da Lei Complementar nº 123/2006, (regulamentado pela Resolução CGSN nº 94/2011).

No caso em que o contribuinte não tenha efetuado a exclusão, há ainda a possibilidade de efetuar

a revisão tributária dos últimos lançamentos, com vistas a recuperar os valores indevidamente recolhidos nos últimos cinco anos, através da sistemática de compensação tributária (art. 21, §§ 5º, 6º, 11, 12 e 14, da Lei Complementar nº 123/2006 e Resolução CGSN nº 94/2011), e desta forma, o Autuado, aqui defendente, não deixaria, fluir o prazo a ele concedido sem apresentar novas provas.

Ainda nas considerações desta Junta ainda na fl. 09, que o Autuado, não foi intimado dos demais documentos juntados ao referido AI Nº 0112750003-12.0, sendo ali dito que o autuado não se manifestou, o que não condiz com a realidade, pois se assim o fosse, o autuado não deixaria transcorrer os prazos sem apresentar novas provas, se tendo ciência de que os documentos acostados não produziram o efeito de defesa que se esperava.

De acordo também com a Junta, a Autuante efetuou o levantamento fiscal utilizando os dados fornecidos pelas administradoras de cartão de crédito, tal não poderia, visto que não havia qualquer processo administrativo instaurado, mas de maneira ilegal, foram utilizadas as informações sigilosas de operadoras de cartão de crédito, informando sobre as operações do contribuinte, para somente então iniciar um procedimento fiscalizatório, o que segundo as jurisprudências abaixo colacionadas, revestem de total nulidade qualquer ato infracional.

Ora, srs. Julgadores, o autuado chama V. atenção para o fato de que o Autuado somente e após o envio de solicitação de diligências a Autuadora SEFAZ (fl. 615/616) a mesma “informou, estar anexando naquela oportunidade a mídia, planilha e relatórios ao referido Auto Infração, e desta forma o aqui defendente foi prejudicado e teve sua devesa cerceada, posto que a documentação que lhe chegou através de notificação foi a que consta às fls. de 296/511, sendo que tal documentação acostada, não foi suficiente para formação de entendimento e julgamento desta Junta.

Requisitada que foi a INFAZ de origem para a juntada de novos documentos elaboração de novos demonstrativos e solicitasse ao defendente novos documentos, o que não ocorreu em momento algum, conforme poderá ser apurado, e de acordo à fl. 5 do acórdão. Nos termos dos artigos 1º e 6º da Lei Complementar 105/2001, para o agente fiscal tributário do Estado ter acesso a informações financeiras, inclusive aquelas oriundas de operações de cartão de crédito, é obrigatório o prévio processo ou procedimento administrativo.

Regulamentando expressamente a Lei Complementar nº 105/2001, o Decreto nº 54.240/2009 determina que a requisição de informações somente poderá ser emitida pela Secretaria da Fazenda quando existir processo administrativo tributário devidamente instaurado ou procedimento de fiscalização em curso.

Entre a publicação da Lei Complementar (2001) e a edição do Decreto (2009), foram publicadas a Lei Ordinária nº 12.294/2006, alterando a redação do inciso X do artigo 75 da Lei nº 6.374/1989, bem como a Portaria CAT 87/2006, as quais dispuseram apenas sobre a obrigatoriedade de fornecimento de informações pelas operadoras de cartão de crédito, a respeito das operações realizadas pelos contribuintes do ICMS no Estado de São Paulo.

Tal obrigatoriedade não deve servir como subterfúgio para não observar os requisitos impostos pelo Decreto nº 54.240/2009 e Portaria CAT 12/2010, no sentido de necessidade de processo administrativo tributário devidamente instaurado ou procedimento de fiscalização em curso para acesso a informações financeiras, originadas de operações de cartão de crédito.

Ademais, há situações em que a operação realizada pelo Fisco não notifica os contribuintes da investigação em andamento, cerceando o contraditório e ampla defesa, bem como a possibilidade de apresentação dos livros registros.

As informações unilaterais obtidas sem autorização judicial prévia ou sequer prova de que os informes tenham sido fornecidos de fato pelas operadoras de cartões de crédito caracteriza um possível abuso de poder. Processo administrativo sem oportunidade de defesa ou com defesa cerceada é nulo, conforme têm decidido reiteradamente nossos Tribunais Judiciais, confirmando

a aplicabilidade do princípio constitucional do devido processo legal, ou mais especificamente, da garantia de defesa.” (Direito Administrativo Brasileiro, Ed. Revista dos Tribunais, 1989, pág. 585)

Pede por fim, que caso essa autoridade entenda que não é hipótese de nulidade, mas suscetível de correção, uma vez consumada esta, pede seja restituído integralmente o prazo de defesa, permitindo-se a Autuada requerer as diligências necessárias para a constatação dos reais valores devidos, caso existam, e afim de apurar as informações aqui prestadas, no que diz respeito a valores auferidos pela Autuante aos meses relacionados nas infrações 1 e 2, comprovando as alegações da autuada de erro na apuração, evitando assim detrimento aos seus direitos em benefício do locupletamento desmotivado do Estado.

VOTO

O Recorrente inicialmente pede pela anulação do procedimento e colaciona julgamentos administrativos e judiciais sobre a nulidade de lançamentos de ofício por quebra de sigilo de dados confidenciais.

Em resumo, alega que o Auto de Infração, baseou-se tão somente em levantamento de vendas de cartão de crédito/débito; a Autuante, confeccionou e apresentou relatórios unilaterais sobre omissão de saída de mercadoria tributada PRESUMIDA; que a Autuante não intimou diretamente ao autuado para apresentação de documentos e por estas razões pede a nulidade do lançamento. Por fim, pede pela devolução do prazo de defesa.

Primeiro, devo observar que o Recorrente teve todos os prazos legais respeitados para a sua defesa, estando em segunda instância o julgamento e não constato quaisquer razões para a devolução do prazo de defesa, e assim denego o pedido formulado, e o pedido de diligência visto não ter apresentado quaisquer inconsistências de ordem material que justifique a diligência.

Segundo, a intimação fiscal presta-se precipuamente à apresentação de dados indisponíveis para o Fisco, e é certo que em tempos remotos, era inviável a realização dos procedimentos sem que fosse intimado o contribuinte e se entregasse os dados necessários (notas fiscais de entrada e saída, livros de entrada, saída, apuração do imposto e inventário).

À fl. 06 consta intimação para documentos fiscais necessários para a realização do procedimento. Com o advento da informatização quase todos os dados se tornaram disponíveis para o Fisco o que dispensa a intimação embora ainda permaneça no RPAF, mesmo porque, eventualmente a intimação pode ser necessária, mas isto é discricionário e fica dependendo das necessidades de esclarecimentos ou da impossibilidade de se fiscalizar com apenas os controles existentes em meio informatizado.

Quanto aos julgamentos judiciais colacionados ao processo acerca da quebra de sigilo bancário dos dados das administradoras de cartões de crédito, encontra-se superado por Recurso Extraordinário ao STF – RE 219780 - que ponderou que o sigilo bancário é espécie de direito à privacidade em que a CF protege em seu art. 5º. Contudo não é um direito absoluto, que deve ceder diante do interesse público, social e da justiça e não é certo que há de ceder com observância do procedimento estabelecido em lei e com respeito a o princípio da razoabilidade. A Lei Complementar 105/2001 não deixa nenhuma dúvida quanto à autorização de compartilhamento de informações das instituições financeiras com o Fisco, não constituindo quebra de sigilo como argumenta o Recorrente. Assim, denego a nulidade pretendida.

Quanto às razões de mérito, estas são inexistentes. O Recorrente não apresentou nenhum documento que elidisse a infração, mas tão somente pontuou questões formais do procedimento e de direito, no que toca ao acesso dos dados fornecidos por administradoras de cartões de crédito e que foram dissecados e refutados neste voto. Por outro lado, não apresentou quaisquer indícios de erro que justifique a diligência pretendida, e assim denego o pedido de diligência.

O lançamento não decorre apenas do levantamento das vendas com cartão de crédito, mas

inclusive destes, que foram adicionados às receitas declaradas pelo próprio contribuinte. Ao se estabelecer novas receitas acumuladas, se alteram as alíquotas, e isto implica em 2 lançamentos - o do imposto que foi deixado de recolher para a nova alíquota encontrada a partir da receita adicionada e não declarada pelo Recorrente, e o imposto recolhido a menos mesmo com o cálculo anterior, já que se majorou a alíquota, ou seja, uma infração acaba implicando na outra.

Quanto ao fato das receitas em cartão de crédito e não declaradas serem presumidamente vendas sem a emissão de documentos fiscais, está no campo das presunções legais conforme Lei nº 7.014/96, art4º. § 4º, VII

“Salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar:

VII - valores totais diários das operações ou prestações declarados pelo contribuinte como sendo recebidos por meio de cartão de crédito ou débito inferiores aos informados pelas respectivas administradoras.

Face ao exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **011275.0003/12-0**, lavrado contra **VALÉRIA COMERCIAL DE MADEIRAS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$8.450,61**, acrescido da multa de 75%, prevista no art. 35 da LC 123/06 c/c art. 44, I da Lei Federal nº 9.430/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de janeiro de 2018.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO – REPR. DA PGE/PROFIS