

PROCESSO	- A. I. N° 222468.0022/22-9
RECORRENTE	- SUPERMERCADO M & M LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURO VOLUNTÁRIO - Acórdão 6ª JJF nº 0179-06/23-VD
ORIGEM	- DAT SUL / INFAC COSTA DO CACAU
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 19/04/2024

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0118-12/24-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS. VENDAS COM PAGAMENTO EM CARTÕES EM VALORES INFERIORES AOS INFORMADOS POR INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS OU ADMINISTRADORAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O art. 4º, § 4º, VI da Lei nº 7.014/96 estatui que é presumida a omissão de saídas tributáveis sempre que se verificar valores das operações ou prestações declaradas pelo contribuinte inferiores aos informados por instituições financeiras, o que fornece o necessário e suficiente amparo legal ao ato administrativo ora impugnado. Rejeitada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de **Recurso Voluntário** interposto pela autuada em razão do Acórdão 6ª JJF Nº 0179-06/23VD, que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 06/06/2019, formaliza a exigência de crédito tributário de valor histórico de R\$ 1.286.588,31, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96, sob a acusação de omissão de saídas tributáveis, constatada por meio de levantamento de vendas com pagamentos em cartões em valores inferiores aos informados por instituições financeiras ou administradoras (12/2020 a 06/2022, exceto 01/2022).

A 6ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia 04/07/2023 e julgou o Auto de Infração Procedente por unanimidade. O acórdão foi fundamentado nos seguintes termos:

“VOTO”

Cuidam os presentes autos de Auto de Infração, lavrado para formalizar a exigência de ICMS, além de multa e acréscimos, sob a acusação de omissão de saídas tributáveis, constatada por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartões em valores inferiores aos informados por instituições financeiras ou administradoras.

O Relatório Diário das operações TEF foi juntado às fls. 32 a 58 (comprovante de entrega à fl. 73), e os índices de proporcionalidade entre operações tributáveis e não tributáveis observados, conforme o demonstrativo de fl. 25.

O auditor expôs com clareza e correção a fundamentação de fato e de direito, descreveu a irregularidade, indicando os documentos e demonstrativos, com seus dados, informações e cálculos.

A intimação sobre o início da ação fiscal foi juntada à fl. 08, na forma de Mensagem DT-e. Além disso, o impugnante foi diversas vezes intimado para apresentar recibos retificadores de arquivos magnéticos, o que se observa às fls. 11 a 16.

Inexistente violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer outros de Direito Constitucional, Administrativo ou Tributário, em especial os do Processo Administrativo Fiscal (art. 2º; RPAF-BA/99), tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizada nos aspectos abordados na impugnação, na manifestação e nas duas informações fiscais.

Rejeitada a preliminar de nulidade.

No mérito, assim dispõe o art. 167 do RPAF/99:

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

- I - a declaração de inconstitucionalidade;
II - questão sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida.
III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior”.*

Digo isso porque não cabe a este Conselho decidir sobre a suposta violação de sigilo bancário, uma vez que o art. 4º, § 4º, VI da Lei 7.014/96 estatui que é presumida a omissão de saídas tributáveis sempre que se verificar valores das operações ou prestações declaradas pelo contribuinte inferiores aos informados por instituições financeiras, o que fornece o necessário e suficiente amparo legal ao ato administrativo ora impugnado.

Com referência ao caráter supostamente confiscatório da multa, prevista no art. 42, III da Lei 7.014/96, este órgão não tem competência para dela dispor, para exercer controle de constitucionalidade ou para negar eficácia a norma emanada de autoridade superior, a teor do art. 167, I e III do RPAF/99.

Em face do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado, com fundamento no art. 169, I, “b” do Decreto nº 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), o contribuinte interpôs Recurso Voluntário, mediante o qual aduz

No recurso aponta preliminar de nulidade do auto de infração, por ausência intimação do processo administrativo, que gerou o auto de infração, não lhe sendo garantido o direito ao contraditório e a ampla defesa, sendo desrespeitado o devido processo legal.

Acrescenta que no processo administrativo deve aplicar o princípio da verdade real, com base nos fatos como se apresentam na realidade e que também predomina a verdade material, que deve prevalecer sobre os requisitos formais.

No mérito, coloca que houve violação do sigilo bancário, através de acesso às informações prestadas pelas operadoras de cartões de crédito. Aborda que a multa é confiscatória e ao final requer a compensação: “que o débito impugnado seja compensado pelo crédito, ambos de mesma natureza tributária e do mesmo ente jurídico, extinguindo-se a dívida pela compensação conforme apuração realizada referente aos anos de 2020, 2021 e 2022 conforme demonstrativos em anexo”.

É o relatório.

VOTO

Observo que a decisão da 6ª JJF (Acórdão JJF Nº 0179-06/23-VD) julgou Procedente o auto de infração.

O presente Auto de Infração formaliza a exigência de crédito tributário de R\$ 1.286.588,31, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96, sob a acusação de omissão de saídas tributáveis, constatada por meio de levantamento de vendas com pagamentos em cartões em valores inferiores aos informados por instituições financeiras ou administradoras (12/2020 a 06/2022, exceto 01/2022).

O recorrente apresenta preliminar de nulidade do auto de infração por falta de notificação.

E no mérito, argumenta que houve violação do sigilo bancário, através de acesso às informações prestadas pelas operadoras de cartões de crédito. Aborda que a multa é confiscatória e ao final requer a compensação do débito impugnado.

Passo a analisar a preliminar de nulidade do auto de infração.

O Recorrente defende a nulidade do auto de infração sob o argumento de falta de notificação.

De logo, **afasto a preliminar de nulidade do auto de infração** porque dos autos do presente PAF consta que ocorreu a notificação do contribuinte, ora recorrente, como consta à fl. 08, na forma de Mensagem DT-e. Ademais, existiram várias intimações ao contribuinte/autuado para apresentação de recibos retificadores de arquivos magnéticos, conforme se verifica o às fls. 11 a 16, conforme o art. 108 do §2º, §3º e §4º do RPAF.

Assim, não há que se falar em violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer outros de Direito Constitucional, Administrativo ou Tributário, em especial os do Processo Administrativo Fiscal (art. 2º do RPAF-BA/99), porque resta claro nos autos que foi garantida à ampla defesa e ao contraditório, que pode ser bem observado pelos termos tratados na impugnação, na manifestação e nas duas informações fiscais.

Passo a análise do mérito.

Quanto a alegação de que houve quebra de sigilo bancário registro que o sigilo bancário constitui direito fundamental implícito, derivado da inviolabilidade da intimidade e do sigilo de dados (art. 5º, X e XII da CF/1988), integrando, por conseguinte, os direitos da personalidade, de forma que somente é possível de mitigação - dada a sua relatividade -, quando dotada de proporcionalidade a limitação imposta.

Sobre o tema, adveio a Lei Complementar nº 105, de 10/01/2001, a fim de regulamentar a flexibilização do referido direito fundamental, estabelecendo que, a despeito do dever de conservação do sigilo pela instituição financeira das “suas operações ativas e passivas e serviços prestados” (art. 1º), esse sigilo pode ser afastado, excepcionalmente, para a apuração de qualquer ilícito criminal (art. 1º, § 4º), bem como de determinadas infrações administrativas (art. 7º) e condutas que ensejam a abertura e/ou instrução de procedimento administrativo fiscal (art. 6º).

Nessa perspectiva, considerando o texto constitucional acima mencionado e a LC nº 105/2001, assenta-se que **o abrandamento do dever de sigilo bancário revela-se possível quando ostentar o propósito de salvaguardar o interesse público**, não se afigurando cabível, ao revés, para a satisfação de interesse nitidamente particular, sobretudo quando não caracterizar nenhuma medida indutiva, coercitiva, mandamental ou sub-rogatória, como estabelece o art. 139, IV do CPC/2015.

Assim, no caso dos autos, não há violação do sigilo bancário uma vez que foi realizado com base legal, qual seja, o art. 4º, § 4º, VI da Lei nº 7.014/96, que entende como presumida a omissão de saídas tributáveis sempre que se verificar valores das operações ou prestações declaradas pelo contribuinte inferiores aos informados por instituições financeiras.

Acrescento que as informações fiscais prestadas por administradoras de cartões de crédito e débito à Administração Tributária, não representam, por si só, violação ao sigilo bancário, conforme, definiu o e. STF quando declarou (ADI 2859) a constitucionalidade da Lei Complementar nº 105/01, a qual dispõe sobre o sigilo sobre as operações de instituições financeiras.

Digo mais, o “*art. 6º da Lei Complementar 105 /01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o translado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal*” (e. STF, RE 601314, julgado com repercussão geral reconhecida).

Em seguida alega o Recorrente que a multa aplicada é abusiva.

Quanto a argumentação de que a multa é confiscatória, destaco que a multa foi aplicada com base em dispositivo legal (*art.42, III da Lei Federal nº 7.014/06.*) e este CONSEF não tem competência, para declaração de inconstitucionalidade e a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior, com determina o art. 167, incisos I e III do RPAF/BA, (Decreto nº 7.629/99).

Quanto ao pedido de compensação do débito com os créditos existentes, ressalto que não existe previsão na legislação que permita ao CONSEF proceder a compensação dos créditos.

Diante do exposto rejeito o pedido de compensação solicitado pelo Autuado.

Assim, portanto, deve ser mantida a decisão de piso, mantendo PROCEDENTE o Auto de Infração.

Do exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a 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 222468.0022/22-9, lavrado contra **SUPERMERCADO M & M LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para pagar o imposto no importe de R\$ 1.286.588,31, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 20 de março de 2024.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

RAFAEL BENJAMIN TOMÉ ARRUTY – RELATOR

THIAGO ANTON ALBAN - REPR. DA PGE/PROFIS