RECURSO VOLUNTÁRIO N° 119/2013

AUTO DE INFRAÇÃO N°: 1514163000836-7

RECORRENTE: FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

RECORRIDA: PATRÍCIA FRANCA E CIA LTDA ME

RELATORA: SAVINA AMALIA MARINHO MAGALHAES

Sessão realizada em 13 de agosto de 2013

ACÓRDÃO Nº 128/2013

EMENTA: ICMS. OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. SAÍDAS DE MERCADORIAS. NÃO EMISSÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS E NÃO RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. APLICAÇÃO DE LEVANTAMENTO TÉCNICO DOCUMENTAL MEDIANTE CONFRONTO ENTRE AS INFORMAÇÕES FORNECIDAS PELAS ADMINISTRADORAS DE CARTÕES DE CRÉDITO E AS PRESTADAS PELO CONTRIBUINTE.

I. Recurso Voluntário conhecido e não provido no sentido de manter a decisão de Primeira Instância e considerar o Auto de Infração procedente.

II. Decisão por unanimidade.

RELATÓRIO

1. Contra a empresa PATRÍCIA FRANCA E CIA LTDA ME, estabelecida na Avenida Dom Severino, nº 2111 – Bairro São Cristóvão, em Teresina-PI, foi lavrado o auto de infração 1514163000836-7 contendo a seguinte descrição: "O contribuinte acima qualificado deixou de recolher ICMS em razão da não emissão de documentos fiscais nas saídas de mercadorias de seu estabelecimento. Este fato foi constatado por meio da análise técnico documental

mediante o confronto das informações fornecidas pelas administradoras de cartões e os valores informados pelo contribuinte".

2. O auto de infração possui valor nominal de R$ 65.923,78 (sessenta e cinco mil, novecentos e vinte e três reais e setenta e oito centavos), acrescido de atualização monetária, multa e juros.

3. Na fundamentação legal, foram listados os seguintes dispositivos: Artigos 54, I e artigo 64, "caput", e §1º, inciso I e §4º, inciso VI (acrescentados pela Lei nº 5.769, de 30/06/08, art. 1º), da Lei 4.257/89, c/c com os arts. 586 e 1.588 "caput", §4º, inciso I do Decreto nº 13.500/08.

4. A penalidade aplicada foi à prevista nos Artigos 75, inciso I; 76, inciso I; e 78, inciso II, alínea "a" da Lei 4.257/89.

5. O contribuinte apresentou impugnação junto ao Corpo de Julgadores – COJUL, e, através da Decisão 29/2013, esse órgão considerou o auto de infração PROCEDENTE.

6. Inconformada com o teor da decisão monocrática, a empresa apresenta recurso voluntário perante este Conselho, requerendo a improcedência do auto de infração lavrado sob a alegação de que:

a) Trata-se, na espécie, de lançamento de ofício onde foi imputado ao Recorrente a falta de recolhimento de ICMS consubstanciado na não emissão de documentos fiscais em relação às saídas de mercadorias do estabelecimento, infração constatada por meio do confronto entre as informações fornecidas pelas administradoras de cartões e os valores informados pelo contribuinte.

b) A autoridade fiscal presumiu a ausência de recolhimento de ICMS em face de "divergências que indicavam a falta de emissão de documentos fiscais de saída e, por conseguinte, falta de escrituração de operações de venda".

c) A aplicação da presunção da venda de mercadorias sem o pagamento do imposto importou na cobrança de R$ 37.617,76 a título de ICMS supostamente não pago e respectivas multas e juros.

d) Conforme o Art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001, somente há ensancha legal para o "exame" de registros das instituições financeiras, para fins de respaldar o lançamento tributário, em casos em que o procedimento é considerado "indispensável" para o procedimento fiscal.

e) Dita indispensabilidade, contudo, não configura ato discricionário, somente se apresentado juridicamente válido, como todo aquele ato administrativo praticado no seio das relações tributárias, quando estritamente subsumido aos atos-condição e requisitos prescritos pela própria legislação regência.

f) Nessa linha, justamente porque protegidos por sigilo (Constituição Federal, art. 5º, X e XII), os dados financeiros do contribuinte são invioláveis, de modo que a norma vertida no citado art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001 constitui regra de exceção, somente sendo admissível a adoção do seu procedimento nas restritas hipóteses previstas na mesma norma, isto é, quando iniciado o procedimento fiscal e concomitantemente, quando a análise de tais informações se apresente imprescindível para possibilitar o lançamento do crédito tributário.

g) Dissecando-se a autuação, verifica-se que em nenhum momento a auditoria fiscal preocupou-se em seque arguir a indispensabilidade da análise dos registros das citadas instituições financeiras (administradoras de cartão de crédito). Não há, sem síntese, sequer indícios a respeito da adoção (extraordinária) do procedimento de análise das informações financeiras do contribuinte Recorrente, que, como dito, são protegidas por sigilo.

h) Nesse ponto, uma vez sabido que dispõe a fiscalização de outros meios para averiguar a correção do crédito tributário declarado pelo contribuinte, cabia à autuação justificar a quebra do sigilo bancário do Recorrente, demonstrando a indispensabilidade da análise de tais dados. Era essencial, ademais, que a autuação arguisse o Recorrente acerca da apresentação da movimentação financeira da empresa, ofertando a possibilidade de justificar a inconsistência encontrada entre as informações.

i) Como consequência, estando o lançamento tributário respaldado essencialmente em documento probatório obtido em discordância com os pressupostos procedimentais de estilo, afigura-se nulo o auto de infração.

07. A Procuradoria Tributária manifestou-se pelo conhecimento e desprovimento do Recurso interposto pela empresa, no sentido de manter a Decisão de Primeira Instância.

VOTO DA RELATORA

08. O lançamento em apreciação diz respeito à cobrança de ICMS com base em relatório gerencial desta Secretaria de Fazenda, por ter sido detectado diferença entre valores, a título de venda, declarada mensalmente na DIEF, pelo contribuinte e as informações prestadas pelas

administradoras de cartões de crédito em relação a vendas efetuadas pelo mesmo por meio de cartão de crédito/débito, no período fiscalizado, o que oportunizou o lançamento tributário pela autoridade competente.

Impõe o ordenamento jurídico pátrio que o exercício de atividade econômica, inserida no campo de incidência do ICMS, submeta-se aos controles fiscais da OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA, que deverá ser solvida nos prazos fixados por lei, permitindo ao Fisco o exame da sua exatidão (CTN, arts. 113-115).

09. Instituiu-se, através da legislação tributária estadual, um dos instrumentos de controle fiscal, a título de Obrigação Acessória, sendo ele a DIEF – Declaração de Informações Econômico-Fiscais, que reúne todas as informações pertinentes às operações realizadas pelo contribuinte;

10. Como também, o Emissor de Cupom Fiscal (ECF) pelo qual são executadas as Transferências Eletrônicas de Fundos (TEF), cujos valores devem ser consignados na DIEF, de forma a guardar correspondência em relação às operações de venda;

11. Qualquer disparidade constatada entre esses dois instrumentos (DIEF / ECF), autoriza o Fisco, salvo justificativa plausível do contribuinte, a presumir insuficiência de registro fiscal suscetível de provocar redução no imposto devido;

12. A presunção é relativa (*juris tantum*), comportando provas em sentido contrário para fins de desconstituição do Crédito Tributário;

13. O cotejo entre documentos, executado pelo Fisco, representa tão-somente uma TÉCNICA DE FISCALIZAÇÃO, dentre muitas outras. Técnica de fiscalização que trata o inciso VI, § 4º, do art. 64 da Lei nº 4.257/89;

14. No desempenho da atividade fiscalizadora, os Agentes Fiscais poderão utilizar-se de qualquer procedimento técnico para efeito de apuração do valor das operações ou prestações realizadas pelo sujeito passivo, sem prejuízo quando for o caso, do arbitramento do valor dessas operações, nos termos da Lei (Art. 63 da Lei nº 4.257/89 – Legislação Tributária do Estado do Piauí).

15. Vale ressaltar ainda a manifestação do nobre Procurador Tributário, em seu Parecer 102/2013, o amparo do procedimento fiscal à luz do art. 144, § 1º do CTN, a legislação superveniente pode ser aplicada a fatos geradores pretéritos, **quando tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização...**

16. Considerando a exposição dos fatos pertinentes e especialmente a convicção de que o contribuinte não reuniu provas necessárias e suficientes à desconstituição do Crédito Tributário, voto pelo conhecimento do Recurso e seu desprovimento, no sentido de manter a Decisão de Primeira Instância, que julgou o lançamento procedente, com fundamento nos artigos 54, II e 64, caput, § 4°, VI da Lei 4.257/89, combinados com os artigos 715, 1588, § 4°, I e XXI do Decreto 13.500/08.

DECISÃO

17. A Primeira Câmara Recursal do Conselho de Contribuintes, em sessão realizada no dia 13 de agosto de 2013, decidiu, por unanimidade, conhecer do Recurso Voluntário, negar-lhe provimento, para manter a Decisão recorrida, e considerar o Auto de Infração procedente. Participaram do julgamento os Conselheiros Raimundo Neto de Carvalho, Presidente da Câmara, Savina Amália Marinho Magalhães, os senhores Conselheiros Olívio Joaquim Fonseca Filho, Carlos Augusto de Assunção Rodrigues e Celso Barros Coelho Neto, Procurador do Estado, representante da Procuradoria Tributária.

18. Sala das Sessões do Conselho de Contribuintes do Estado, em Teresina, 13 de agosto de 2013.

Raimundo Neto de Carvalho-Conselheiro-Presidente

Savina Amália Marinho Magalhães-Conselheira

Olívio Joaquim Fonseca Filho-Conselheiro

Carlos Augusto de Assunção Rodrigues-Conselheiro

Celso Barros Coelho Neto- Procurador do Estado