



**MINISTÉRIO DA FAZENDA**  
**CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS**  
**PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO**

**Processo n°** 15586.721277/2012-55  
**Recurso n°** Voluntário  
**Acórdão n°** 1101-001.164 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 26 de agosto de 2014  
**Matéria** IRPJ e Reflexos - Omissão de Receitas  
**Recorrente** ITAPOÃ SUPERMERCADO LTDA (sucessora de Supermercado Luciano Neves Ltda)  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ**

Ano-calendário: 2008, 2009

**NULIDADE DO LANÇAMENTO. CERCEAMENTO AO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.** Regular o trabalho fiscal no qual facultava-se à contribuinte pedido de cópia de documentos que não só lhe teriam cientificados pelo Fisco Estadual, como também se referem a operações próprias com cartões de crédito e de débito, acerca das quais é razoável crer que as administradoras de cartões de crédito prestassem contas periodicamente, com vistas a conciliação das operações realizadas com os créditos delas decorrentes.

**SIGILO BANCÁRIO.** A utilização de informações de movimentação financeira obtidas regularmente não caracteriza violação de sigilo bancário, sendo desnecessária prévia autorização judicial.

**ALEGAÇÃO DE RECOLHIMENTO.** Ausente prova da correlação dos pagamentos com as receitas omitidas tributadas no lançamento, mantém-se a exigência. **MOMENTO DO FATO GERADOR.** Correta a caracterização de receitas omitidas no momento em que realizada a operação com cartão de crédito ou débito informada pela administradora. **OPERAÇÕES NÃO TRIBUTADAS. PIS/COFINS.** A falta de emissão de documentos fiscais impede a confirmação de que receitas omitidas não se sujeitariam à incidência das contribuições sobre o faturamento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado em: 1) por unanimidade de votos, **REJEITAR** a arguição de nulidade do lançamento por cerceamento ao direito de defesa; 2) por unanimidade de votos, **REJEITAR** a arguição de nulidade do lançamento por quebra de sigilo

Processo nº 15586.721277/2012-55  
Acórdão n.º **1101-001.164**

**S1-C1T1**  
Fl. 3

---

bancário; e 3) por unanimidade de votos, **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso voluntário relativamente ao mérito, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

*(documento assinado digitalmente)*

MARCOS AURÉLIO PEREIRA VALADÃO - Presidente.

*(documento assinado digitalmente)*

EDELI PEREIRA BESSA - Relatora

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcos Aurélio Pereira Valadão (presidente da turma), Edeli Pereira Bessa, Benedicto Celso Benício Júnior, Paulo Mateus Ciccone, Marcos Vinícius Barros Ottoni e Marcelo de Assis Guerra.

## Relatório

ITAPOÃ SUPERMERCADO LTDA (sucessora de Supermercado Luciano Neves Ltda), já qualificada nos autos, recorre de decisão proferida pela 3ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Florianópolis/SC que, por unanimidade de votos, julgou IMPROCEDENTE a impugnação interposta contra lançamento formalizado em 21/12/2012, exigindo crédito tributário no valor total de R\$ 1.670.215,24.

Inicialmente a autoridade lançadora observa que em 2010 a pessoa jurídica fiscalizada, Supermercado Luciano Neves Ltda, foi incorporado por Itapoão Supermercados Ltda, e destaca que o quadro social de ambas era composto pelos mesmos sócios: Dailton Perim, Djalma Perim, Deolindo Perim Júnior, Dalberto Perim e Deosdeti Perim.

Com base em elementos obtidos por meio de Convênio de Cooperação Técnica entre a União e o Estado do Espírito Santo, a autoridade fiscal apurou, relativamente à sucedida Supermercado Luciano Neves Ltda, que as receitas registradas nos emissores de cupons fiscais – ECF, e informadas em DIPJ e DCTF para os períodos de apuração de 2007 a 2009, eram inferiores aos valores informados pelas administradoras de cartões de crédito. Considerando que estas últimas informações, relativamente ao 4º trimestre/2009, estavam incompletas, a contribuinte foi intimada a apresentá-las, mas não o fazendo ensejou a emissão de Requisição de Movimentação Financeira para sua obtenção.

Detalhando os valores movimentados mensalmente pela contribuinte com cartões de débito e de crédito administrados por diferentes operadoras, e confrontando os totais com as vendas escrituradas e declaradas nos anos-calendário 2008 e 2009, a autoridade fiscal constatou omissão de receitas da atividade que afirmou corresponder *à realização de operação mercantil sem a correspondente emissão de documento fiscal, no caso, do cupom fiscal*. A sucessora foi cientificada das diferenças apuradas, bem como *informada de que os documentos que embasaram o lançamento feito pela fiscalização estavam à disposição para vista e eventuais cópias*. Respondeu, apenas, que não teve conhecimento dos documentos que serviram de base para a apuração e alegou cerceamento ao direito de defesa.

A autoridade lançadora consigna que estas alegações são improcedentes porque os documentos estavam à sua disposição para vistas e requerimento de cópias. Ademais, dentre os elementos recebidos da Secretaria de Fazenda *consta a entrega, mediante recibo firmado pela fiscalizada, de todos os relatórios emitidos pelas administradoras de cartões, referentes às operações de vendas nos anos citados*.

Os lançamentos de IRPJ e CSLL observaram a opção da contribuinte pelo lucro presumido, e as contribuições sobre o faturamento foram calculadas na sistemática cumulativa. A exigência foi acrescida de multa qualificada em razão da prática reiterada de realizar *operação mercantil sem a correspondente emissão de documento fiscal [cupom fiscal]*. Observando que a sucessora da contribuinte fiscalizada é pessoa jurídica constituída pelos mesmos sócios daquela, a autoridade lançadora acrescentou que a idêntica prática ilegal verificou-se, por três anos consecutivos, e também em relação a outras pessoas jurídicas sucedidas pela recorrente (Auto Serviço Perim Ltda e Supermercado Mata da Praia Ltda), **constituídas pelos mesmos sócios**.

Afirmou, assim, que *a forma com que foi praticada a omissão de receitas demonstra que houve ação dolosa tendente a impedir ou dificultar o conhecimento dos fatos por parte do fisco*, além de restar caracterizado, em tese, crime contra a ordem tributária definido no art. 1º da Lei nº 8.137/90.

Impugnando a exigência, a sucessora questionou a *falta de entrega dos documentos que comprovam a suposta irregularidade*; apontou a *ausência de autorização judicial para a abertura do sigilo de dados financeiros*; disse que promoveu recolhimentos espontâneos no exercício 2008, desconsiderados na apuração fiscal; alegou que a Fiscalização teria confundido faturamento com pagamento, por considerar os valores recebidos das operadoras de cartões de crédito; bem como questionou a apuração da Contribuição ao PIS e da COFINS, tendo em conta que algumas mercadorias vendidas estão sujeitas a regimes especiais de tributação.

A Turma Julgadora rejeitou estes argumentos em acórdão assim ementado:

*Assunto: Processo Administrativo Fiscal*

*Data do fato gerador: 30/03/2008, 30/06/2008, 30/09/2008, 31/12/2008, 30/03/2009, 30/06/2009, 30/09/2009*

*Nulidade. Auto de Infração. Inocorrência.*

*Não há que se falar em nulidade do auto de infração quando o mesmo possui todos os elementos necessários à compreensão inequívoca da exigência, detalhados em Termo Final de Verificação e Constatação Fiscal, que é parte integrante do Auto, e dos fatos que o motivaram e enquadramento legal da infração fiscal.*

*O cerceamento ao direito de defesa somente se caracteriza pela ação ou omissão por parte da autoridade lançadora que impeça o sujeito passivo de conhecer os dados ou fatos que, notoriamente, impossibilitem o exercício de sua defesa.*

*Demonstrado que os Autos de Infração foram formalizados de acordo com os requisitos de validade previstos em lei e que não ocorreu violação das disposições dos artigos 10 e 59 do Decreto n.º 70.235, de 1972, não há que se acatar o pedido de nulidade dos lançamentos formalizados por meio dos Autos de Infração.*

*PIS. COFINS. CSLL. Lançamentos Decorrentes. Efeitos da decisão relativa ao lançamento principal (IRPJ).*

*Em razão da vinculação entre o lançamento principal (IRPJ) e os que lhe são decorrentes, devem as conclusões relativas àquele prevalecerem na apreciação destes, desde que não presentes arguições específicas ou elementos de prova novos.*

*Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário*

*Data do fato gerador: 30/03/2008, 30/06/2008, 30/09/2008, 31/12/2008, 30/03/2009, 30/06/2009, 30/09/2009*

*Exame de Informações Financeiras. Embaraço à Fiscalização. Negativa de Fornecimento de Extratos Bancários. Requisição Direta às Instituições Financeiras.*

*Por força do inciso VII do art. 3º do Decreto nº 3.724, de 2001, que regulamenta o art. 6º da LC nº 105, de 2001, a prática de atos que caracterizam embaraço à fiscalização (não fornecimento de informações sobre movimentação financeira), devidamente conceituados no art. 33 da Lei nº 9.430, de 1996, autoriza a requisição direta, motivada, às instituições bancárias, bem como o subsequente exame de extratos e demais documentos bancários dos contribuintes.*

*Sigilo Bancário. Procedimento de Ofício. Solicitação Regular. Transferência de Sigilo.*

*Havendo procedimento de ofício instaurado, a prestação, por parte das instituições financeiras, de informações solicitadas pelos órgãos fiscais tributários do Ministério da Fazenda, não constitui quebra do sigilo bancário, haja vista prestar-se apenas a possível constituição de crédito tributário e eventual apuração de ilícito penal, havendo, na verdade, mera transferência da responsabilidade do sigilo, antes assegurado pela instituição financeira e agora mantido pelas autoridades administrativas.*

*Assistência mútua entre as Fazendas Públicas. Convênios. CTN.*

*A Fazenda Pública da União e as dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios prestar-se-ão mutuamente assistência para a fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações, na forma estabelecida, em caráter geral ou específico, por lei ou convênio.*

Cientificada da decisão de primeira instância em 17/10/2013 (fl. 9821/9822), a contribuinte interpôs recurso voluntário, tempestivamente, em 18/11/2013.

Observa que em resposta apresentada à Fiscalização afirmou não ter tomado conhecimento, até aquele momento, dos documentos que serviram de base para o lançamento; destaca que a autoridade julgadora relata sua insistência em *obter conhecimento, por cópia dos aludidos documentos*; assevera que não recebeu cópias dos documentos pelo Fisco Estadual e que o Fisco confundiu-se com *as rubricas do representante legal da Recorrente nas folhas do processo, por exigência da própria Fiscalização Estadual, para que recebesse a cópia do Auto de Infração*; aduz ser pessoa simples e leiga, não compreendendo que estas rubricas poderiam ser consideradas como recebimento dos documentos, tendo recebido unicamente cópia do auto de infração e planilha dos levantamentos fiscais. Acrescenta que a Fiscalização Federal também não lhe deu conhecimento das informações obtidas junto às administradoras de cartões de crédito e de débito relativamente ao último trimestre de 2009.

Argumenta que a validade do lançamento está condicionada à sua instrução com as provas pertinentes, de modo a demonstrar a ocorrência do fato gerador. E reportando-se ao art. 142 do CTN diz que para assegurar seu cumprimento, e *o direito de conhecer as provas que o acusador tem contra o acusado*, o art. 9º do Decreto nº 70.235/72 determina que a exigência de crédito tributário seja instruída *com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito*. Cita doutrina em reforço a suas alegações.

Defende que o dever de instruir o lançamento na forma da lei não se confunde com a atitude de *somente colocar os documentos, que diz são comprobatórios da infração, à disposição da Recorrente, no âmbito da Receita Federal*. Observa que considerando a numeração de páginas da decisão recorrida, há *milhares de páginas de documentos, todos desconhecidos da Recorrente, que foram supedâneo para o lançamento, cuja garantia ao direito de defesa não significa, logicamente, a sua simples visualização na repartição pública*. Entende que necessitaria cotejar estes documentos com seus próprios livros e documentos fiscais e contábeis, e que as vistas em balcão caracterizariam cerceamento ao direito de defesa.

Opõe-se à afirmação da autoridade julgadora de que seria fácil a conferência por se tratar de operações da atividade observando que a própria autoridade lançadora demorou meses para alcançar suas conclusões, e aduz que não se trata de discutir a possibilidade de *conferir a ação fiscal no balcão da Receita Federal, mas sim do seu direito de receber os*

*documentos para efetuar a melhor e a mais abrangente conferência possível, como lhe é assegurado constitucionalmente.*

Diz que, a teor da ementa de acórdão deste Conselho reproduzida na decisão, houve ação ou omissão da autoridade lançadora que lhe impediu conhecer os dados e os fatos que impossibilitam seu direito de defesa, haja vista que *não recebeu os documentos em que se baseia a acusação, e, mais, está sendo julgada por fato não provado nos autos*. Reitera que seu representante legal apenas rubricou as folhas do processo e afirma inexistir nos autos prova de recebimento dos documentos, devendo a conduta de rubricar ser analisada de boa fé, pois a comprovação do recebimento deveria estar declarada expressamente nos autos.

Enfatiza que presumindo-se a existência de 9.700 folhas no processo, deve ser descartado, *porque absurdamente irrazoável, que estaria ilidido o cerceamento pela simples disponibilização dos documentos no balcão da Receita Federal*. Cita ementa de julgado do Tribunal de Impostos e Taxas de São Paulo em favor de seu entendimento e pede a declaração de cerceamento ao seu direito de defesa.

Discorda do *rompimento do sigilo bancário sem autorização judicial* porque não houve *negativa de fornecimento de informações sobre movimentação financeira*, dado que *A Fiscalização Federal recebeu, sem solicitar e sem processo administrativo prévio, da Receita Estadual, as informações dos autos, as quais foram fruto de quebra de sigilo também sem processo administrativo prévio e sem autorização judicial*.

Invoca o direito constitucional ao devido processo legal, bem como a julgamento *mediante provas legitimamente conseguidas*. Aduz que o Fisco teria *quebrado sem autorização o sigilo bancário da Recorrente, antes de qualquer procedimento administrativo preparatório, com a devida intimação para apresentar dados que lhe interessava*, e conclui que a prova ilícita deve ser desentranhada dos autos, seguindo a acusação sem elas, *respaldando-se no conjunto probatório restante, se houver*.

Reporta-se a manifestação do Tribunal de Impostos e Taxas de São Paulo em favor de seu entendimento no sentido de que a ausência de prévia autorização judicial para obtenção das provas aqui utilizadas *inquina-as de indevidas e ilícitas*. Acrescenta referências a julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal acerca de quebra de sigilo bancário sem autorização judicial.

Prossegue manifestando-se favoravelmente à necessidade de autorização judicial como *garantia de não-violência contra direitos inalienáveis* e requer a exclusão dos autos de prova colhida sem autorização judicial e das provas dela derivadas.

Reafirma que promoveu recolhimentos espontâneos *em 2008* em razão de diferenças posteriormente apuradas, observando que não houve retificação das declarações prestadas, e acrescentando que a autoridade fiscal foi advertida destas circunstâncias. Disse que espera poder confrontar estas diferenças com as *cópias dos pagamentos das administradoras de crédito e débito*, mas como estas lhe foram sonegadas assim não pode proceder. Conclui que como não houve retificação das declarações, os recolhimentos espontaneamente promovidos devem corresponderem à receita omitida lançada.

Novamente aponta a possibilidade de confusão entre faturamento e recebimento da administradora, cogitando deste erro na medida em que não recebeu os comprovantes de pagamentos feitos pelas administradoras de cartão para poder afirmá-los. A

autoridade julgadora teria limitado a possibilidade de diferenças ao último trimestre de cada no, mas isto só evidencia que vendas ocorreram em um exercício e foram pagas no exercício seguintes. Entende que caberia ao Fisco provar que isto não ocorreu, e pede a reforma da decisão recorrida, que embora detectando incorreção no lançamento, manteve a exigência.

Assevera que houve arbitramento dos lucros porque a escrituração não evidenciaria os estoques trimestrais, indispensável para apuração do lucro real. Argumenta que não poderia, em 15 (quinze) dias, reconstituir sua escrituração e compatibilizá-la com outra forma de apuração, e acrescenta que existiam elementos concretos para a apuração do lucro real, desde que assinalado prazo adequado para apresentação da apuração. Cita julgados administrativos em favor de seu entendimento e conclui que o arbitramento é *descabido e desnecessário*.

Pede que seus argumentos sejam considerados em relação às exigências de CSLL, Contribuição ao PIS e COFINS. Observa, ainda, que a acusação nos autos não é de falta de emissão de documentos fiscais, de modo que *existem as condições de apurar as possíveis diferenças de recolhimentos a partir dos próprios documentos*. E, acrescenta que não se pronunciou acerca das diferenças porque foi impedida em razão da omissão da Fiscalização Federal quanto à apresentação dos documentos utilizados na confecção do lançamento. Entende, assim, que é nula a ação fiscal e o julgamento recorrido, razão pela qual devem anulados os lançamentos.

## Voto

Conselheira EDELI PEREIRA BESSA

Preliminarmente rejeita-se a arguição de nulidade do lançamento por impossibilidade de acesso aos elementos que suportam a acusação fiscal porque, além de esta ocorrência, se confirmada, não acarretar a invalidade do lançamento mas apenas a reabertura do prazo para defesa do sujeito passivo, o conhecimento da contribuinte acerca dos elementos reunidos pelo Fisco Estadual já se verificava antes mesmo do início do presente procedimento fiscal. Isto porque, ao impugnar o primeiro lançamento formalizado pelo Fisco Estadual, relativamente ao ano-calendário 2008, a contribuinte também arguiu vícios no lançamento, inclusive porque os demonstrativos fiscais estariam *desguarnecidos de comprovação*, e diante de tais circunstâncias a agente fiscal inicialmente responsável pela apreciação da defesa determinou os auditores autuantes que juntassem *aos autos os “Relatórios fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito”, e tirassem cópias legíveis dos mesmos, entregando sob recibo, datado e assinado pelo sujeito passivo, fazendo constar do mesmo o nome das referidas administradoras, o período informado, e a reabertura do prazo legal para apresentação de impugnação ou de recolhimento com redução* (fls. 297/298). Os autos do ano-calendário 2008 não estão aqui reproduzidos por inteiro, mas observa-se que no segundo lançamento, referente ao ano-calendário 2009, a providência antes indicada foi adotada pela Fiscalização (fls. 4908, 5144, 5435, 5609, 5754, 6084, 6378, 6419, 6470, 6477, 6479 e 6499). Acrescente-se, ainda, que às fls. 4895/4904 está demonstrado o pedido de parcelamento do lançamento referente ao ano-calendário 2008 (auto de infração nº 2.059.988-7).

Para além disso, cumpre também ter em conta as oportunidades oferecidas à contribuinte para requisitar cópia dos elementos de que necessitassem, precisamente abordadas na decisão recorrida:

*O presente lançamento, ora contestado, contempla fatos geradores trimestrais ocorridos nos anos-calendário de 2008 e 2009, sendo o IRPJ apurado sob as regras do Lucro Presumido.*

*Em ambos os anos foram apuradas **omissões de receitas**, tendo a Fiscalizada, conforme relatoriado, se insurgido contra tal apuração, em face de que não teria tomado conhecimento dos documentos/relatórios que a autoridade autuante teria então utilizado no levantamento fiscal, origem das diferenças de receitas ora tributadas. Em vista disto, requer o cancelamento do lançamento por cerceamento do seu direito de defesa.*

*Assim não vejo. De se mostrar.*

*A Sucessora Itapoã Supermercados Ltda. foi intimada, conforme **Termo de Início de Fiscalização**, a apresentar “demonstrativos sintéticos, um para cada estabelecimento, datado e assinado pelo representante legal da empresa, que contemplem o valor das vendas efetuadas em cada mês, segregado segundo os meios de pagamento utilizados pela clientela...” (que seriam, dinheiro em espécie, cheque, cartão de crédito, cartão de débito, etc), relativamente ao período de 2007 a 2009.*

*Pelo Termo de Constatação e Intimação Fiscal nº 01, de 13 de junho de 2012, temos que:*

- a Fiscalização recebeu relatórios/listagens do Fisco Estadual (SEFAZ-ES) que apontam os montantes mensais (de 2007 a 2009) das operações efetuadas por aqueles estabelecimentos (autuada inclusive) informados àquele órgão, pelas administradoras de cartões de crédito e débito;
- que a Fiscalizada recebeu cópias dos relatórios emitidos pelas administradoras de cartões de crédito/débito, entregues pelos auditores do Fisco Estadual, mediante documento comprobatório de entrega;
- da comparação entre os valores de receitas escriturados nas DIPJ, com os valores informados pelas administradoras de cartões à SEFAZ, a Fiscalização constatou a existência de diferenças, conforme apontado nas tabelas que fazem parte deste Termo;
- que os documentos entregues pela SEFAZ e mencionados neste Termo de Constatação e Intimação Fiscal encontram-se à disposição dos contribuintes fiscalizados, para vistas e eventuais cópias;

No **Termo 02**, a Fiscalizada foi intimada, em 15/10/2012, no prazo de quinze dias, a:

Manifestar-se, por escrito, a respeito das diferenças encontradas, relativamente ao ano-calendário de 2008 e 2009, decorrentes do confronto entre as receitas escrituradas e declaradas por Itapoã Supermercados Ltda., Auto Serviço Perim Ltda., Supermercado Mata da Praia Ltda. e **Supermercado Luciano Neves Ltda** e as receitas informadas pelas administradoras de cartões e apuradas pelo presente termo fiscal. [destaquei]

Neste documento “Resposta a Intimação” (fls.230 a 233), protocolado em 26/10/2012, a **Contribuinte** informou que:

1. [...] não tem conhecimento dos documentos que serviram de base para a apuração das receitas brutas auferidas nos anos-calendário de 2008 e 2009, em especial, a aludida “cópia dos relatórios emitidos pelas administradoras de cartão de crédito e/ou débito”, conforme [...].
2. Reafirma que não tem conhecimento desses documentos (cópias dos relatórios emitidos pelas administradoras de cartão de crédito/débito), não tendo, em nenhum momento, deles recebido cópias.
3. Infelizmente, não basta, como pretendem Vossas Senhorias, colocar à disposição da empresa os aludidos documentos, cuja abrangência, referindo a vários períodos, indicam ser volumosos, exigindo, em razão de sua importância, conferência minuciosa e cotejamento com a escrita fiscal, no sentido de responder, nessa oportunidade, à intimação do Fisco, e mesmo, para contestar ou concordar a ação fiscal.
- [...]
6. A Impugnante reconhece a ausência de responsabilidade dos ilustrados agentes federais na omissão de entrega dos documentos que lhes foram repassados pelo Fisco Estadual, entretanto, não pode compreender como prosseguir com a ação fiscal, na forma como lançada, sem efetuar a entrega de cópias dos aludidos documentos, para que se possa conferi-los e cotejá-los com a sua contabilidade.
7. Os atos cerceadores do direito de defesa e de negativa de contraditório cometidos pelo Fisco Estadual, não podem contaminar sob os auspícios do Fisco Federal, sob pena de contaminar também de nulidade todo o procedimento fiscal federal.
8. Dessa forma, com base na Constituição Federal, art.5º, inciso LV, requer, antes das providências declaradas na intimação, que se faça a entrega das cópias de todos os documentos que estão servindo de base do levantamento fiscal, até então desconhecidos da empresa, para as conferências necessárias e prestação das informações solicitadas.

Por meio do **Termo de Constatação e Intimação Fiscal nº 03**, de 26 de novembro de 2012, a Fiscalização, após algumas considerações outras, reitera que (destaques do original):

**Os documentos entregues à RFB pelas administradoras de cartões de débito e de crédito, mencionados neste Termo de Constatação e Intimação Fiscal, encontram-se à disposição dos contribuintes fiscalizados, para vistas e eventuais cópias, bem como os documentos entregues pela SEFAZ e mencionados no Termo de Constatação e Intimação Fiscal nº 02.**

*Neste Termo, novamente, repete a intimação fiscal anterior, agora com cinco dias de prazo:*

[...] manifestar-se, por escrito, a respeito das diferenças encontradas, relativamente ao ano-calendário de 2008 e 2009, decorrentes do confronto entre as receitas escrituradas e declaradas por Itapoã Supermercados Ltda., Auto Serviço Perim Ltda., Supermercado Mata da Praia Ltda. e **Supermercado Luciano Neves Ltda** e as receitas informadas pelas administradoras de cartões e apuradas pelo presente termo fiscal.

*Em 21 de dezembro de 2012 foi cientificado à Contribuinte o **Termo Final de Verificação e Constatação Fiscal**, do qual extraímos os seguintes excertos (destaques pertencem ao original):*

2.2) Dos documentos recebidos da SEFAZ/ES:

[...] os valores de receitas apurados pela fiscalização com base nas informações prestadas pelas administradoras de cartões revelaram-se muito maiores que os registrados nos ECF's da fiscalizada.

Registramos que o fato, demonstrado nos parágrafos seguintes e caracterizado como omissão de receitas, foi objeto de lançamento de crédito tributário pelo Fisco Estadual, conforme atestam cópias das autuações anexadas ao presente processo.

[...]

**2.8) Da ciência ao contribuinte dos fatos apurados:**

[...]

Em relação às manifestações expressas pela fiscalizada na carta-resposta supracitada, ressaltamos que são improcedentes as alegações de desconhecimento dos relatórios das vendas brutas de cartões disponibilizados pelas administradoras de cartões à RFB. Todos os relatórios e demais documentos que subsidiaram o trabalho fiscal foram colocados à disposição da fiscalizada em endereço certo e conhecido para vistas ou cópias, respeitando, assim, o direito constitucional ao contraditório e a ampla defesa previsto no art.5º, inciso LV da Constituição Federal. Não há que se falar em cerceamento de defesa, pois as provas encontravam-se à disposição da interessada, bastando requerer vistas ou cópias. Argüiu também que houve negativa por parte do fisco de entregar documentos comprobatórios da autuação, o que é descabido, uma vez que não houve pedido com esta finalidade, embora tenha havido ciência de que existiam elementos de prova em poder desta fiscalização à disposição da fiscalizada no decorrer de toda a ação fiscal, antes, portanto, de qualquer autuação. Ressaltamos que todos os elementos de prova encontram-se nos processos digitais produzidos por esta fiscalização.

No subitem 2.2 deste relatório, mencionamos que o Fisco Estadual, SEFAZ – Secretaria de Estado da Fazenda do Espírito Santo, repassou a RFB documentos e relatórios de administradoras de cartões de crédito e de débito, referentes às operações comerciais realizadas na fiscalizada no período de 2007 a 2009. Corroborando o que descrevemos no parágrafo anterior, registramos que, dentre os documentos recebidos da SEFAZ, consta a entrega, **mediante recibo firmado pela fiscalizada**, de todos os relatórios emitidos pelas administradoras de cartões, referentes às operações de vendas, nos estabelecimentos de SUPERMERCADO LUCIANO DAS NEVES LTDA., nos anos-calendário citados. Cópias destes documentos estão anexadas a este processo digital.

O fato, mais uma vez, demonstra que são improcedentes as alegações de cerceamento do direito de defesa e do desconhecimento dos documentos que serviram de base para o presente lançamento.

*A Contribuinte, ora Impugnante, reitera que não recebeu quaisquer documentos/relatórios*

*crédito/débito então utilizados pela Fiscalização Federal, que teria obtido da Fiscalização Estadual. Desta forma, alega cerceamento de direito de defesa, eis que inviabilizada de conferir os dados informados com seus registros.*

*Não me parece o caso.*

*Veja que desde o **Termo de Constatação e Intimação Fiscal nº 01**, lavrado em 06 de junho de 2012, (fls.195 a 202), a Fiscalizada já sabia que o Fisco Federal estava se utilizando de relatórios/listagens informados pelas administradoras de cartões de crédito/débito e relativas às operações efetuadas no estabelecimento da Fiscalizada, compreendendo o período correspondente aos anos-calendário de 2007 a 2009.*

*O auto de infração foi cientificado à Autuada em 21 de dezembro de 2012! Ou seja, passados seis meses depois de saber que as informações enviadas pelas administradoras de cartões de crédito/débito (repassadas pela Fazenda Estadual à RFB), estavam sendo utilizadas, vem agora a Autuada alegar que desconhece tais relatórios e/ou que não lhe foram entregues.*

*Alguns destes dados foram utilizados pela Fazenda Estadual em lançamentos tributários efetivados em **2009**, contra a Contribuinte fiscalizada, que foram objeto de parcelamento junto à Secretaria Estadual.*

*Ainda, nos autos consta que várias planilhas/relatórios enviadas pelas administradoras de cartões de crédito/débito foram, **sim**, recebidas pela Contribuinte, informação que constava em todos os Termos de Constatação e Intimação Fiscal Federal, ratificada com a ciência da Contribuinte atestando o recebimento dos relatórios pertinentes.*

*Exemplos:*

*O relatório emitido pela administradora de cartões de crédito REDECARD, relativa às operações de 2009, foi recebido pela Contribuinte em 09 de julho de 2010 (fls.6.377 a 6.508).*

*O relatório emitido pela administradora de cartões de crédito FININVEST S/A NEGÓCIOS DE VAREJO, relativa às operações de 2009, foi recebido pela Contribuinte em 09 de julho de 2010 (fls. 6.377 a 6.508).*

*O relatório emitido pela administradora de cartões de crédito AMERICAN EXPRESS S/A, relativa às operações de 2009, foi recebido pela Contribuinte em 09 de julho de 2010 (fls.6.377 a 6.508).*

*O relatório emitido pela administradora de cartões de crédito CABAL, relativa às operações de 2009, foi recebido pela Contribuinte em 09 de julho de 2010 (fls. 6.377 a 6.508)*

*Nestes relatórios/listagens são informadas as operações verificadas **diariamente**, totalizadas por mês e por ano. Tudo muito fácil de checar, até porque tratam-se de operações da atividade (com certeza é significativa a venda por meio de cartões) da Contribuinte, que recebe tais informações das administradoras de cartões de crédito/débito, ocasião em que deve fazer o cruzamento com seus dados, por óbvio. Ou seja, estas informações/relatórios recebidas das administradoras de cartões de crédito/débito fazem parte da rotina (diária) empresarial da empresa.*

*Não obstante a comprovação de que a Contribuinte recebeu tais relatórios, ainda assim, todas as informações e planilhas fornecidas pelas administradoras de cartões de crédito/débito sempre estiveram à disposição da Fiscalizada (isto era sempre reiterado nos Termos Fiscais), seja para vistas ou obtenção de cópias. Nos autos não consta nenhum requerimento neste sentido.*

*Contrariamente ao alegado, detinha, sim, a Contribuinte todas as condições para a realização de sua defesa, de forma que deve ser **rejeitada** a sua preliminar de cerceamento de direito de defesa.*

Frise-se, ainda, a regularidade da condução dos trabalhos pela autoridade fiscal que facultou à contribuinte pedido de cópia de documentos que não só teriam cientificados à contribuinte pelo Fisco Estadual, como também se referem a operações próprias do sujeito passivo com cartões de crédito e de débito, acerca das quais é razoável crer que as administradoras de cartões de crédito prestassem contas periodicamente, com vistas a permitir que a rede varejista conciliasse as operações realizadas com os créditos delas decorrentes. Inclusive por esta razão não prospera a alegação da recorrente de que teria dificuldades para conferir as informações de tais elementos: se o Fisco levou meses para confrontar estas informações com os documentos fiscais emitidos pela contribuinte, é certo que a contribuinte poderia tê-lo feito desde a ocorrência dos fatos geradores em 2008 e 2009.

Assim, ante a possibilidade real destes documentos já integrarem os documentos de suporte da escrituração do sujeito passivo, o Fisco não estava obrigado a fornecê-los à contribuinte, salvo se esta os requisitasse. E esta oportunidade lhe foi franqueada, daí porque nem mesmo em relação às informações do 4º trimestre/2009, requisitadas pelo Fisco Federal diretamente junto às instituições financeiras, assiste razão a recorrente.

Por tais razões, o presente voto é no sentido de REJEITAR a argüição de nulidade do lançamento por cerceamento ao direito de defesa.

Na seqüência, a contribuinte afirma a quebra de sigilo bancário sem autorização judicial, vez que não houve *negativa de fornecimento de informações sobre movimentação financeira*, dado que a *Fiscalização Federal recebeu, sem solicitar e sem processo administrativo prévio, da Receita Estadual, as informações dos autos, as quais foram fruto de quebra de sigilo também sem processo administrativo prévio e sem autorização judicial.*

Inicialmente observe-se que, como o Fisco Federal não dispunha das informações referentes ao 4º trimestre/2009, a contribuinte foi intimada a apresentar os correspondentes demonstrativos (fls. 210/211), e não o fazendo a Fiscalização entendeu *presentes todos os pressupostos previstos no art. 2º da Portaria SRF 180/2001 e art. 3º do Decreto 3.724/2001 para a emissão de Requisição de Movimentação Financeira - RMF* dirigida às administradoras de cartões de crédito, conforme fls. 8518//9436.

Por sua vez, com base no art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001, o Decreto nº 3.724/2001 estipulou em seu art. 2º, §5º que *a Secretaria da Receita Federal do Brasil, por intermédio de servidor ocupante do cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, somente poderá examinar informações relativas a terceiros, constantes de documentos, livros e registros de instituições financeiras e de entidades a elas equiparadas, inclusive os referentes a contas de depósitos e de aplicações financeiras, quando houver procedimento de fiscalização em curso e tais exames forem considerados indispensáveis*, afirmando indispensáveis estes exames inclusive nas hipóteses do art. 33 da Lei nº 9.430/96, dentre as quais verifica-se o embaraço à fiscalização caracterizado *pelo não fornecimento de informações sobre bens, movimentação financeira, negócio ou atividade, próprios ou de terceiros, quando intimado o sujeito passivo.*

Com referência às informações fornecidas pelo Fisco Estadual, como bem observa a decisão recorrida:

*O repasse de dados dos contribuintes feito por Fiscos Estaduais ao Fisco Federal é amparado em convênios firmados pelos órgãos fiscais competentes, conforme determinado no art.199 do CTN:*

Art.199. A Fazenda Pública da União e as dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios prestar-se-ão mutuamente assistência para a fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações, na forma estabelecida, em caráter geral ou específico, por lei ou convênio.

*No caso em questão, existe o **Convênio de Cooperação Técnica entre a União e o Estado do Espírito Santo**, celebrado em 17 de abril de 2003, conforme informado no Termo Final.*

E, quanto à obtenção, pelo Fisco Estadual, das informações de operações com cartões de crédito e de débito, importa ter em conta a disciplina específica acerca da emissão de cupons fiscais, contida no Regulamento do ICMS do Estado do Espírito Santo, aprovado pelo Decreto nº 1.090-R, de 25 de outubro de 2002:

*Art. 658. A impressão de comprovante de crédito ou débito, referente ao pagamento efetuado mediante utilização de cartão de crédito ou de débito, realizado por meio de transferência eletrônica de dados, deverá ocorrer no ECF, vedada a utilização, no estabelecimento do contribuinte, de equipamento do tipo Point of Sale (POS) ou qualquer outro que possua recursos que possibilitem ao contribuinte usuário a não emissão do comprovante.*

*§ 1.º É vedada, também, a utilização de equipamento para transmissão eletrônica de dados:*

*I - que possua circuito eletrônico para controle de mecanismo impressor; ou*

*II - capaz de capturar assinaturas digitalizadas que possibilitem o armazenamento e a transmissão de cupons de venda ou comprovantes de pagamento, em formato digital, por meio de redes de comunicação de dados, sem a correspondente emissão, pelo ECF, dos comprovantes referidos no caput.*

*§ 2.º A operação, com pagamento efetuado por meio de cartão de crédito ou débito, ou assemelhado, não deverá ser concretizada sem que a impressão do comprovante tenha sido realizada no ECF, ressalvado o disposto nos §§ 3.º e 9.º (Redação dada pelo Decreto n.º 1.334-R, de 24.05.04)*

*§ 3.º Fica assegurada, ao contribuinte usuário de ECF, a utilização do equipamento do tipo Point of Sale (POS), excepcionalmente, sempre que o mesmo optar por autorizar a administradora de cartão de crédito ou débito, na forma do Anexo LIII, a fornecer o faturamento do estabelecimento usuário do equipamento à SEFAZ, na forma e nos prazos de que trata este artigo.*

*§ 3.º-A. A emissão e impressão de comprovante de pagamento efetuado com cartão de crédito ou de débito automático em conta corrente, por equipamento POS ou qualquer outro não integrado ao ECF, somente serão admitidas se o mesmo fizer constar, impresso no referido comprovante, o número de inscrição no CNPJ do estabelecimento usuário onde se encontre instalado o equipamento. (redação dada ao pelo Decreto n.º 2.644-R, de 27.12.10, efeitos a partir de 01.04.11)*

*§ 4.º A opção deverá ser registrada pelo contribuinte no livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrência, mantendo anexada a cópia do termo de autorização a que se refere o § 3.º e o comprovante de recebimento pela*

*administradora, remetido sob registro postal.* (redação dada pelo Decreto n.º 2.301-R, de 17.07.09, efeitos a partir de 20.07.09)

**§ 5.º As administradoras ou operadoras de cartão de crédito ou de débito entregarão à SEFAZ, até o último dia do mês subsequente ao da ocorrência, os arquivos eletrônicos contendo as informações relativas a todas as operações de crédito ou débito, com ou sem transferência eletrônica de fundos, realizadas no mês anterior, de acordo com o Manual de Orientação constante do Anexo LIV, procedendo da seguinte forma:** (redação dado pelo Decreto n.º 1.921-R, de 20.09.07, efeitos a partir de 21.06.07)

*I - o conteúdo do arquivo a ser transmitido será submetido à validação, com utilização do programa validador TEF, disponível na internet, no endereço eletrônico [www.sefaz.es.gov.br](http://www.sefaz.es.gov.br); e*

*II - a transmissão do arquivo será realizada com utilização do programa transmissor TED, disponível na internet, no endereço eletrônico [www.sefaz.es.gov.br](http://www.sefaz.es.gov.br).*

*III - na hipótese de contingência que impossibilite o envio das informações referidas no § 5.º, a administradora ou a operadora deverão comunicar o fato, no prazo máximo de cinco dias úteis, por correspondência registrada à Supervisão de Automação Comercial da Gerência Fiscal, localizada à Av. Jerônimo Monteiro, n.º 96, Vitória, ES, CEP 29010-002, justificando a contingência e solicitando novo prazo, de até quinze dias; (incluído pelo Decreto n.º 1.921-R, de 20.09.07, efeitos de 21.06.07 até 31.07.12)*

*IV - a omissão na remessa das informações, dentro do prazo estabelecido no caput e sem a justificativa prevista no inciso III, sujeita a administradora ou a operadora responsável pelo cartão de crédito ou débito, às penalidades previstas. (incluído pelo Decreto n.º 1.921-R, de 20.09.07, efeitos de 21.06.07 até 31.07.12)*

**§ 6.º A opção do contribuinte perderá, automaticamente, a eficácia, no caso de descumprimento, pela administradora, das obrigações de que tratam os §§ 5.º e 8.º.** (incluído pelo Decreto n.º 1.217-R, de 24.09.03, efeitos de 25.09.03 até 31.07.12)

**§ 7.º Os novos contribuintes poderão formalizar a opção prevista no §1º, até trinta dias após a concessão da inscrição estadual.** (incluído pelo Decreto n.º 1.217-R, de 24.09.03, efeitos de 25.09.03 até 31.07.12)

**§ 8.º A Gerência Fiscal e a Subgerência Fiscal da região a que estiver circunscrito o contribuinte poderão exigir, a qualquer tempo, a entrega de relatório impresso em papel timbrado da administradora, contendo a totalidade ou parte das informações apresentadas em meio eletrônico.** (redação dada pelo Decreto n.º 2.632-R, de 15.12.10, efeitos de 16.02.10 até 31.07.12)

**§ 9.º A empresa não enquadrada na condição de administradora de cartão de crédito ou de débito, que administre controle informatizado de meios de pagamento, a ser operado no recinto de atendimento ao público por estabelecimento de contribuinte do imposto, e que necessite fazê-lo, por impossibilidade operacional, sem a devida integração ao ECF; deverá apresentar requerimento à Gerência Fiscal, instruído com:** (incluído pelo Decreto n.º 1.334-R, de 24.05.04, efeitos de 25.05.04 até 31.07.12)

*I - cópia do contrato social, registro de firma individual, estatuto ou do ato de constituição de sociedade, atualizados, arquivados na Junta Comercial;*

*II - esclarecimentos quanto aos controles e equipamentos que deseja ver autorizados ao uso nos estabelecimentos conveniados;*

*III - declaração, sob pena de imputação de responsabilidades civis e penais, de que o controle e equipamento não possui dispositivo ou função capaz de viabilizar, ao*

*seu operador, ou ao seu usuário, a ocultação de informações processadas, para impedir a disponibilização de que trata o inciso V;*

*IV - manual de operação dos controles e equipamentos, impresso e rubricado em todas as suas folhas, onde deverão constar os esclarecimentos quanto a todas as suas funções; e*

*V - cópia do modelo de contrato a ser celebrado com os estabelecimentos usuários, onde conste cláusula dispondo que as informações processadas através do sistema serão disponibilizadas à SEFAZ, até o último dia do mês subsequente ao do seu processamento, de acordo com o Manual de Orientação constante do Anexo LIV. (redação dada pelo Decreto nº 1.921-R, de 20.09.07, efeitos a partir de 21.06.07)*

*§ 10. A autorização referida no § 9.º será efetivada mediante a celebração de termo de compromisso, devendo a empresa autorizada observar, ainda, o disposto no art. 655, § 2.º. (redação dada ao pelo Decreto nº 1.921-R, de 20.09.07, efeitos de 21.06.07 até 31.07.12)*

*§ 11. A autorização de que trata o § 10 perderá, automaticamente, a eficácia, no caso de descumprimento, pela solicitante, da obrigação de que trata o art. 655, § 2.º, II. (redação dada pelo Decreto nº 1.921-R, de 20.09.07, efeitos de 21.06.07 até 31.07.12)*

*§ 12. A Gerência Fiscal e a Subgerência Fiscal da região a que estiver circunscrito o contribuinte poderão exigir, a qualquer tempo, a entrega de relatório impresso em papel timbrado da empresa autorizada na forma do § 10, contendo a totalidade ou parte das informações apresentadas em conformidade com o art. 655, § 2.º, II. (redação dada pelo Decreto nº 2.632-R, de 15.12.10, efeitos de 16.02.10 até 31.07.12) (negrejou-se)*

Referido dispositivo regulamentar foi substituído pelo art. 699-Z-N a partir da edição do Decreto nº 3.053-R, de 12 de julho de 2012, mas sem alterações substanciais, no que aqui importa:

*Art. 699-Z-N. A impressão de comprovante de crédito ou débito, referente ao pagamento efetuado mediante utilização de cartão de crédito ou de débito, realizado por meio de transferência eletrônica de dados, deverá ocorrer no ECF, vedada a utilização, no estabelecimento do contribuinte, de equipamento do tipo **Point of Sale** – POS – ou qualquer outro que possua recursos que possibilitem ao contribuinte usuário a não emissão do comprovante.*

*§ 1.º É vedada, também, a utilização de equipamento para transmissão eletrônica de dados:*

*I - que possua circuito eletrônico para controle de mecanismo impressor; ou*

*II - capaz de capturar assinaturas digitalizadas que possibilitem o armazenamento e a transmissão de cupons de venda ou comprovantes de pagamento, em formato digital, por meio de redes de comunicação de dados, sem a correspondente emissão, pelo ECF, dos comprovantes referidos no caput.*

*§ 2.º A operação, com pagamento efetuado por meio de cartão de crédito ou débito, ou assemelhado, não deverá ser concretizada sem que a impressão do comprovante tenha sido realizada no ECF, ressalvado o disposto nos §§ 3.º e 9.º.*

*§ 3.º Fica assegurada ao contribuinte usuário de ECF a utilização do equipamento do tipo POS, excepcionalmente, desde que:*

*I - o mesmo opte por autorizar a administradora de cartão de crédito ou débito, na forma do Anexo LIII, a fornecer o faturamento do estabelecimento usuário do equipamento à Sefaz, na forma e nos prazos de que trata este artigo; e*

*II - o equipamento faça constar, impresso no respectivo comprovante de crédito ou de débito, o número de inscrição no CNPJ do estabelecimento usuário onde se encontre o mesmo instalado.*

*§ 4.º A opção deverá ser registrada pelo contribuinte no livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrência, mantendo anexada a cópia do termo de autorização a que se refere o § 3.º, I, e o comprovante de recebimento pela administradora, remetido sob registro postal.*

*§ 5.º As administradoras ou operadoras de cartão de crédito ou de débito entregarão à Sefaz, até o último dia do mês subsequente ao da ocorrência, os arquivos eletrônicos contendo as informações relativas a todas as operações de crédito ou débito, com ou sem transferência eletrônica de fundos, realizadas no mês anterior, de acordo com o Manual de Orientação constante do Anexo LIV, procedendo da seguinte forma:*

*I - o conteúdo do arquivo a ser transmitido será submetido à validação, com utilização do programa validador TEF, disponível na **internet**, no endereço eletrônico [www.sefaz.es.gov.br](http://www.sefaz.es.gov.br);*

*II - a transmissão do arquivo será realizada com utilização do programa transmissor TED, disponível na **internet**, no endereço eletrônico [www.sefaz.es.gov.br](http://www.sefaz.es.gov.br);*

*III - na hipótese de contingência que impossibilite o envio das informações referidas no § 5.º, a administradora ou a operadora deverão comunicar o fato, no prazo de cinco dias úteis, por correspondência registrada à Supervisão de Automação Comercial da Gerência Fiscal, localizada à Av. Jerônimo Monteiro, 96, Vitória, ES, CEP 29010-002, justificando a contingência e solicitando novo prazo, de até quinze dias; e IV - a omissão na remessa das informações, dentro do prazo estabelecido no **caput** e sem a justificativa prevista no inciso III, sujeita a administradora ou a operadora responsável pelo cartão de crédito ou débito, às penalidades previstas.*

*§ 6.º A opção do contribuinte perderá, automaticamente, a eficácia, no caso de descumprimento, pela administradora, das obrigações de que tratam os §§ 5.º e 8.º.*

*§ 7.º Os novos contribuintes poderão formalizar a opção prevista no §1.º, até trinta dias após a concessão da inscrição estadual.*

*§ 8.º A Gerência Fiscal e a Subgerência Fiscal da região a que estiver circunscrito o contribuinte poderão exigir, a qualquer tempo, a entrega de relatório impresso em papel timbrado da:*

*I - da administradora, contendo a totalidade ou parte das informações apresentadas em meio eletrônico; ou*

*II - da empresa autorizada na forma do § 10, contendo a totalidade ou parte das informações apresentadas em conformidade com o art. 699-Z-L, § 2.º, II.*

*§ 9.º A empresa não enquadrada na condição de administradora de cartão de crédito ou de débito, que administre controle informatizado de meios de pagamento, a ser operado no recinto de atendimento ao público por estabelecimento de contribuinte do imposto, e que necessite fazê-lo, por impossibilidade operacional, sem a devida integração ao ECF; deverá apresentar requerimento à Gerência Fiscal, instruído com:*

*I - cópia do contrato social, registro de firma individual, estatuto ou do ato de constituição de sociedade, atualizados, arquivados na Junta Comercial;*

*II - esclarecimentos quanto aos controles e equipamentos que deseja ver autorizados ao uso nos estabelecimentos conveniados;*

*III - declaração, sob pena de imputação de responsabilidades civis e penais, de que o controle e o equipamento não possuem dispositivo ou função capazes de viabilizar ao seu operador, ou ao seu usuário, a ocultação de informações processadas para impedir a disponibilização de que trata o inciso V;*

*IV - manual de operação dos controles e equipamentos, impresso e rubricado em todas as suas folhas, onde deverão constar os esclarecimentos quanto a todas as suas funções; e*

*V - cópia do modelo de contrato a ser celebrado com os estabelecimentos usuários, onde conste cláusula dispondo que as informações processadas através do sistema serão disponibilizadas à Sefaz, até o último dia do mês subsequente ao do seu processamento, de acordo com o Manual de Orientação constante do Anexo LIV.*

*§ 10. A autorização referida no § 9.º:*

*I - será efetivada mediante a celebração de termo de compromisso, devendo a empresa autorizada observar, ainda, o disposto no art. 699-Z-L, § 2.º; e*

*II - perderá, automaticamente, a eficácia, no caso de descumprimento, pela solicitante, da obrigação de que trata o art. 699-Z-L, § 2.º, II. (negrejou-se)*

No presente caso, observa-se que as respostas encaminhadas pelas administradoras de cartões ao Fisco Estadual resultaram de ofícios que lhes foram encaminhados pela Gerência Fiscal da região, consoante autoriza o §8º do então vigente art. 658 do Regulamento do ICMS do Estado do Espírito Santo. Por sua vez, estes ofícios foram expedidos no curso do procedimento fiscal (originados da ordem de fiscalização nº 2008-00466 de 02/10/2008, conforme fl. 4332), e assim estão amparados pela Lei Complementar nº 105/2001:

*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.*

Quanto à necessidade de prévia autorização judicial para obtenção destas informações, como já dito, tal procedimento tem amparo no art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001, objeto do Recurso Extraordinário nº 601.314, mas que ainda aguarda julgamento no Supremo Tribunal Federal em rito de repercussão geral, sob relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski. A decisão que reconheceu a repercussão geral desta matéria foi assim ementada:

*EMENTA: CONSTITUCIONAL. SIGILO BANCÁRIO. Fornecimento de informações sobre movimentação bancária de contribuintes, pelas instituições financeiras, diretamente ao fisco, sem prévia autorização judicial (lei complementar 105/2001). Possibilidade de aplicação da lei 10.174/2001 para apuração de créditos tributários referentes a exercícios anteriores ao de sua vigência. Relevância jurídica da questão constitucional. Existência de repercussão geral.*

Assim, como ainda não foi editada decisão definitiva de mérito no referido recurso extraordinário, nada há que imponha a reprodução, pelos Conselheiros, no julgamento dos recursos no âmbito do CARF, do entendimento manifestado pelo Supremo Tribunal Federal em outros casos semelhantes, até porque o Decreto nº 70.235/72 somente autoriza os

órgãos administrativos de julgamento a afastar a aplicação de lei que tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal:

*Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)*

[...]

*§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)*

*I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)*

*II – que fundamente crédito tributário objeto de: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)*

*a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)*

*b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)*

*c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)*

É certo que o art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001 foi objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal em caso concreto que ali chegou por meio do Recurso Extraordinário nº 389.808, decidido em 10/05/2011 nos termos da seguinte ementa:

*SIGILO DE DADOS – AFASTAMENTO. Conforme disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a regra é a privacidade quanto à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações, ficando a exceção – a quebra do sigilo – submetida ao crivo de órgão equidistante – o Judiciário – e, mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal. SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS – RECEITA FEDERAL. Conflita com a Carta da República norma legal atribuindo à Receita Federal – parte na relação jurídico-tributária – o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte.*

Contudo, a Procuradoria Geral da República opôs embargos de declaração a esta decisão, os quais aguardam julgamento, estando conclusos ao relator desde 09/11/2011, de modo que não se verificou o trânsito em julgado, não se podendo falar, aqui, da existência de *decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal*, declarando a inconstitucionalidade do dispositivo legal que autoriza o procedimento aqui utilizado para reunião das provas que fundamentam a exigência.

Ademais, em recente decisão publicada em 01/07/2013, a 4ª Turma do Tribunal Regional da 3ª Região assim se manifestou nos autos do Agravo de Instrumento nº 2012.03.00.004864-1/SP:

*AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - INCLUSÃO DE EMPRESA - DECADÊNCIA - QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL.*

1. *A matéria relativa à inconstitucionalidade da quebra de sigilo bancário pela fiscalização sem autorização judicial ainda não se encontra dirimida no âmbito do C. Superior Tribunal Federal e atualmente encontra-se afetada ao plenário em sede de repercussão geral no RE 601.314.*
2. *Embora deva ser respeitado o direito à privacidade, não podem ser anulados outros vetores da Constituição Federal, tais como o princípio da igualdade na tributação e o princípio da capacidade contributiva.*
3. *Conquanto a regra seja a proteção do sigilo bancário, se a situação fática apresentar-se de modo suspeito, de rigor a verificação da movimentação bancária.*
4. *A prerrogativa conferida ao fisco pela Lei Complementar nº 105/2001 não lhe permite, a seu talante, devassar a vida de quem quer que seja. A quebra do sigilo bancário, como restrição do direito à privacidade do cidadão, somente há de ser permitida ante a necessidade do procedimento, a bem de interesses igualmente inculpidos na nossa Constituição e seguindo o devido processo legal.*
5. *Há de ser resguardada a privacidade do indivíduo e protegido o interesse público, que exsurge da necessidade de que todos sejam tratados de maneira isonômica, inclusive no campo da tributação.*
6. *Aplicação dos princípios da Unidade da Constituição e da mútua cedência, mediante interpretação harmônica dos dispositivos constitucionais.*
7. *A quebra do sigilo bancário não pode ser feita de forma desmedida, qualquer abuso da autoridade poderá ser analisado pelo Poder Judiciário, que deverá conformar a atividade fiscal aos exatos termos de sua atuação vinculada, sob pena de se permitir que seja transformada a prerrogativa constante da Lei n. 10.174/01 em mecanismo de perseguições e desmandos.*
8. *O magistrado deve verificar, caso a caso, se o sigilo bancário há de ser compatibilizado com outros princípios norteadores da Constituição, ou se, no caso em concreto, tal quebra afrontaria diretamente direito inculpido na Constituição.*
9. *A situação fática apresentou-se de modo suspeito, fazendo-se necessária a verificação da movimentação financeira da executada, para comprovar a confusão patrimonial entre a ela e as novas pessoas jurídicas criadas para dar continuidade às atividades que exercia anteriormente.*
10. *Ante o panorama fático, não se vislumbra inconstitucionalidade ou ilegalidade na quebra de sigilo bancário e de movimentação financeira sem autorização judicial.*
11. *O Código Tributário Nacional disciplina a decadência, em decorrência da anulação do lançamento anteriormente efetivado, no seu artigo 173, inciso II, mas somente o vício formal enseja a aplicação deste dispositivo.*
12. *A anulação do lançamento por erro na identificação do sujeito passivo da obrigação tributária não é considerado vício formal pela jurisprudência assente do E. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 392.*
13. *Impossibilidade de se aferir a imutabilidade da decisão administrativa que anulou o lançamento e de se examinar a argüição de decadência, que poderá ser melhor dirimida em sede de eventuais embargos à execução, com ampla dilação probatória.*
14. *Agravo de instrumento desprovido.*

A Desembargadora Federal Marli Ferreira abordou os efeitos do julgamento do Recurso Extraordinário nº 389.808/PR nos seguintes termos:

*Ressalte-se, contudo, que o Plenário do C. Supremo Tribunal Federal, em apertada votação (4 votos vencidos), obstou o acesso da Receita Federal, com base na Lei Complementar nº 105/01, na Lei nº 10.174/01 e no art. 4º do Dec. 3.724, de 10/01/2001, aos dados bancários dos contribuintes, sem autorização judicial, quando do julgamento do RE nº 389808/PR, de relatoria do e. Ministro MARCO AURÉLIO, cujo acórdão vem assim ementado:*

'SIGILO DE DADOS - AFASTAMENTO. Conforme disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a regra é a privacidade quanto à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações, ficando a exceção - a quebra do sigilo - submetida ao crivo de órgão equidistante - o Judiciário - e, mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal. SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS - RECEITA FEDERAL. Conflita com a Carta da República norma legal atribuindo à Receita Federal - parte na relação jurídico-tributária - o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte.' (RE 389808/PR, Tribunal Pleno, Dje 09-05-2011)

*Ocorre que essa Corte Superior ostenta posicionamentos díspares acerca da matéria, como se depreende dos acórdãos a seguir transcritos:*

'PENAL E PROCESSUAL PENAL. INQUÉRITO. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. COMPARTILHAMENTO DAS INFORMAÇÕES COM A RECEITA FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - Não é cabível, em sede de inquérito, encaminhar à Receita Federal informações bancárias obtidas por meio de requisição judicial quando o delito investigado for de natureza diversa daquele apurado pelo fisco. II - Ademais, a autoridade fiscal, em sede de procedimento administrativo, pode utilizar-se da faculdade insculpida no art. 6º da LC 105/2001, do que resulta desnecessário o compartilhamento in casu. III - Agravo regimental desprovido.'(grifei)

(Inq 2593 AgR/DF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 15-02-2011)

'RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TUTELA DE URGÊNCIA (PODER GERAL DE CAUTELA).

REQUISITOS. AUSÊNCIA. PROCESSUAL CIVIL. REFERENDO DE DECISÃO MONOCRÁTICA (ART. 21, V DO RISTF). CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. DADOS BANCÁRIOS PROTEGIDOS POR SIGILO . TRANSFERÊNCIA DE INFORMAÇÕES SIGILO SAS DA ENTIDADE BANCÁRIA AO ÓRGÃO DE FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA FEDERAL SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. LEI COMPLEMENTAR 105/2001. LEI 10.174/2001. DECRETO 3.724/2001. A concessão de tutela de urgência ao recurso extraordinário pressupõe a verossimilhança da alegação e o risco do transcurso do tempo normalmente necessário ao processamento do recurso e ao julgamento dos pedidos. Isoladamente considerado, o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade sobre o tema é insuficiente para justificar a concessão de tutela de urgência a todo e qualquer caso. Ausência do risco da demora, devido ao considerável prazo transcorrido entre a sentença que denegou a ordem e o ajuizamento da ação cautelar, sem a indicação da existência de qualquer efeito lesivo concreto decorrente do ato tido por coator (21.09.2001 - 30.06.2003). Medida liminar não referendada. Decisão por maioria.'

(AC 33 MC/PR, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Rel. p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, DJe 10-02-2011)

*Observe-se que, nessa Cautelar, considerou-se que, em razão da ausência de decisão do próprio Supremo Tribunal Federal nas ações diretas nas quais se discute a constitucionalidade das leis que autorizam a requisição de informações bancárias pela Receita Federal (ADI 2386/DF, ADI 2390/DF e ADI 2397/DF), não haveria verossimilhança da alegação. Restou ressaltado, ainda, o princípio da presunção de constitucionalidade das leis.*

Por estas razões, deve ser REJEITADA a arguição de nulidade do lançamento em razão do acesso às informações bancárias da pessoa jurídica autuada.

No mérito, a recorrente reitera a alegação de que promoveu recolhimentos espontâneos em 2008 em razão de diferenças posteriormente apuradas, observando que não houve retificação das declarações prestadas, e acrescentando que a autoridade fiscal foi advertida destas circunstâncias.

Ocorre que a exigência tem em conta, apenas, receitas omitidas conforme quadro abaixo, correspondente ao período referido na defesa:

SUPERMERCADO LUCIANO DAS NEVES LTDA, incorporado por JTAPOÁ SUPERMERCADO LTDA						
	(I)		(II)			(I) - (II)
2008	Receita Mensal Apurada (tabela)	Receita Apurada Trimestre	Receita Mensal Escriturada	Receita Escriturada Trimestre	DIPJ 2009 [AC 2008]	OMISSÃO DE RECEITA
JAN	2.471.373,52	7.422.421,46	2.058.116,51	5.976.911,78	5.976.911,78	413.257,01
FEV	2.342.970,74		1.989.646,05			353.324,69
MAR	2.608.077,20		1.929.149,22			678.927,98
ABR	2.561.644,35	7.629.579,37	2.319.096,47	7.257.862,01	7.257.862,01	242.547,88
MAI	2.583.861,09		2.296.395,75			287.465,34
JUN	2.484.073,93		2.642.369,79			
JUL	2.760.666,50	8.269.585,60	2.842.178,83	7.445.512,17	7.445.512,17	
AGO	2.743.065,55		2.440.618,36			302.447,19
SET	2.765.853,55		2.162.714,98			603.138,57
OUT	2.854.694,32	8.850.632,85	2.388.764,03	8.001.579,90	8.001.579,90	465.930,29
NOV	2.594.766,14		2.430.885,18			163.880,96
DEZ	3.401.172,39		3.181.930,69			219.241,70
<b>TOTAL</b>	<b>32.172.219,28</b>					

Assim, para além de alegar que promoveu recolhimentos espontâneos, a defesa deve demonstrar que eles corresponderiam às receitas omitidas. E, embora esta circunstância tenha sido observada na decisão recorrida, a interessada nada juntou em recurso voluntário para justificar suas alegações, novamente escorando-se no fato de que lhe foram sonegadas as *cópias dos pagamentos das administradoras de crédito e débito*, e apenas cogitando que como não houve retificação das declarações, os recolhimentos espontaneamente promovidos devem corresponderem à receita omitida lançada. Ausente demonstração do regular recolhimento dos tributos devidos sobre as receitas escrituradas não há como imputar às exigências de ofício os pagamentos alegados na defesa.

Quanto à possibilidade de confusão entre faturamento e recebimento da administradora, a abordagem da autoridade julgadora de 1ª instância, questionada pela recorrente, apresenta impropriedades mas não altera o resultado do julgamento, pois basta observar que as informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito e de débito individualizam as transações ocorridas, e não o crédito repassado ao beneficiário. Isto porque na RMF exige-se as *operações com cartão de crédito (ou de débito), discriminadas uma a uma, contendo data, número do comprovante, valor bruto, totalizadas mês a mês*, assim como o art. 658 do Regulamento do ICMS do Estado do Espírito Santo determina que informações da mesma espécie sejam prestadas, *com ou sem transferência eletrônica de fundos*, ou seja, tendo em conta a data em que a operação paga com cartão de crédito ou débito é realizada.

A recorrente também aduz que houve arbitramento dos lucros porque a escrituração não evidenciaria os estoques trimestrais, indispensável para apuração do lucro real. Ocorre que o lançamento foi formalizado segundo a opção da contribuinte pelo lucro presumido, consoante expressamente declara a autoridade lançadora no Termo de Verificação Fiscal (fl. 9451) e também se verifica nos Autos de Infração de IRPJ (fls. 9460/9473) e CSLL

(fls. 9487/9492). Impróprios, assim, as alegações acerca da impossibilidade de reconstituição da escrituração durante o procedimento fiscal.

Por fim, a recorrente observa que a acusação nos autos não é de falta de emissão de documentos fiscais, de modo que *existem as condições de apurar as possíveis diferenças de recolhimentos a partir dos próprios documentos*. Isto porque a autoridade julgadora de 1ª instância assim se manifestou acerca de sua pretensão de ver excluídas, da base tributável, receitas que não se sujeitavam à incidência da Contribuição ao PIS e da COFINS:

*A Impugnante alegou que teria havido incorreções na apuração das contribuições de Pis e Cofins, em face da variedade de mercadorias que vende em seu estabelecimento, sendo que algumas são sujeitas a regimes especiais de tributação, tais como bebidas, produtos hortícolas, frutas, ovos, etc, com repercussão na base de cálculo do Pis e da Cofins (regime cumulativo), concluindo que o auditor não fez tal exclusão em seu levantamento.*

*Ora, a Impugnante teve a oportunidade de apontar/explicar eventuais divergências entre os relatórios dos pagamentos emitidos pelas administradoras de cartões de crédito/débito e as receitas escrituradas/declaradas (ECF), mas não foi o que vimos nos autos.*

*Se havia algo de equivocado na apuração da base de cálculo destas contribuições, cabia à Impugnante apontar o erro. Afinal, das diferenças ora tributadas de ofício (receita omitida), como poderia a Fiscalização identificar a natureza da operação? A Impugnante fora intimada, por mais de uma vez, a se pronunciar/manifestar acerca das diferenças encontradas, mas preferiu outra via, conforme já explicado neste Voto.*

Equivoca-se a recorrente porque a acusação é, sim, de falta de emissão de documentos fiscais. Inclusive, é por esta conduta reiterada que a multa de ofício foi qualificada, consoante expresso na acusação fiscal:

*A realização de operação mercantil sem a correspondente emissão de documento fiscal [cupom fiscal], conforme ficou demonstrado do confronto entre as receitas apuradas pela fiscalização com base nas informações prestadas por administradoras de cartões e as receitas escrituradas/declaradas [registradas nas memórias dos ECF's], foi prática perpetrada de forma reiterada ao longo do período ora fiscalizado e levada a efeito pela empresa SUPERMERCADO LUCIANO DAS NEVES LTDA, incorporada por Itapoã Supermercados Ltda.*

[...]

*Há que se enfatizar que a prática acima descrita ocorreu durante três anos consecutivos e que foram utilizadas, no mesmo período, pela própria incorporadora Itapoã Supermercados e suas sucedidas, empresas Auto Serviço Perim Ltda [...] e Supermercado Mata da Praia Ltda [...]. Além disto, estas empresas [...] registravam em seus quadros societários os mesmos sócios da empresa Itapoã Supermercados Ltda [...]*

Assim, cumpria à recorrente identificar a natureza das transações com cartões de crédito e débito cujos cupons fiscais não foram emitidos e provar que dentre elas haviam parcelas que não se submetiam à incidência de Contribuição ao PIS e de COFINS. E, como antes demonstrado, os alegados impedimentos de acesso àquelas informações não se prestam como argumentos de defesa.

Processo nº 15586.721277/2012-55  
Acórdão n.º **1101-001.164**

**S1-C1T1**  
Fl. 24

---

Diante de todo o exposto, o presente voto é no sentido de **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso voluntário.

*(documento assinado digitalmente)*

EDELI PEREIRA BESSA – Relatora

CÓPIA