

PROCESSO	- A. I. N° 117227.0034/07-1
RECORRENTE	- BRUTAMAS COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA. (SAPATARIA DO FUTURO)
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF n° 0359-04/09
ORIGEM	- INFAS VAREJO
INTERNET	- 28/12/2010

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF N° 0472-11/10

**EMENTA:** ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NO ECF. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A declaração de vendas feitas pelo sujeito passivo, por meio de cartões de crédito e/ou débito, em valores inferiores àqueles informados pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autoriza a presunção legal de omissão de saídas anteriores de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto. Infração caracterizada. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime

## RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JJF n° 0359-04/09), que concluiu pela Procedência Parcial do presente Auto de Infração, lavrado em 28/09/2007, para exigir ICMS no valor de R\$ 22.459,96, em razão da omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, no período janeiro - dezembro 2006.

A JJF assim decidiu a lide administrativa posta à sua apreciação:

*“O Auto de Infração em lide acusa a omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada pela diferença entre o somatório das vendas realizadas por meio de cartões de crédito e de débito e o valor informado pelas operadoras de cartões de crédito e de débito.*

*Cumpre, antes, apreciar as questões formais arguidas pelo sujeito passivo.*

*01. Ampla defesa e ao contraditório (art. 5º, LV, CF/88). Inexiste no procedimento fiscal qualquer elemento que autorize a nulidade do presente Auto de Infração ou inobservância aos fundamentos de validade do Auto de Infração, porque lavrado de acordo com o disposto no art. 39, do RPAF/99. Ademais, o autuado pode exercer com liberdade o direito a ampla defesa e o contraditório, fazendo serem conhecidas todas as suas alegações. Constatando, portanto, a existência dos elementos fundamentais na constituição do presente lançamento tributário, não acato, por isso, o pedido de nulidade.*

*02. Excesso de exação (art. 316, § 1º, Código Penal); Prevaricação (art. 319, Código Penal). Não há falar em crime de excesso de exação, uma vez que este configura a exigência de “tributo ou contribuição social que o funcionário sabe ou deveria saber indevido, ou ainda quando emprega na cobrança, meio vexatório ou gravoso que a lei não autoriza”, tampouco prevaricação, visto que não se observa nos autos qualquer prática do agente contra disposição legal para satisfação de interesse pessoal. No caso, o agente fiscal cuidou dos requisitos formais na constituição do crédito tributário, pautando-se também pelas exigências formais do art. 142, CTN, permitindo ao mesmo tempo o nascimento da obrigação tributária pelo lançamento de ofício e espaço para a impugnação desse mesmo lançamento, iniciando o processo fiscal.*

*03. Sigilo bancário (art. 5º, XII, CF/88). O Convênio ECF 01/01 estabelece que os dados de faturamento de estabelecimentos usuários de ECF seriam prestadas por administradores fiscais de conformidade com a Lei nº 7.014/96 que trata do ICMS no Estado da Bahia determina em seu art. 1º, § 1º, II, que a*

*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 (Lei nº 9.837, de 19.12.05). Não existe, portanto, qualquer manifestação contra sigilo bancário, na presente ação fiscal.*

*04. Perícia Fiscal. O autuado requereu a produção de prova pericial para verificar a procedência das suas alegações. Perícia, conforme indica o art. 150, II RPAF, implica realização de vistoria ou exame de caráter técnico e especializado que se presta ao esclarecimento de certos fatos, efetuada por pessoa de reconhecida habilidade ou experiência técnica na matéria questionada. Não vislumbro, entretanto, tal necessidade, tendo em vista que a solução da matéria em questão independe de tal providência, tampouco de qualquer outra diligência. Indefiro, portanto, tal pedido, nos termos do art. 147, §2º, II, RPAF.*

*Superadas as questões preliminares, adentremos ao mérito da lide.*

*Consoante o disposto no § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96, “o fato de a escrituração indicar, entre outras situações, declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção”.*

*O sujeito passivo em suas razões defensivas contestou o cometimento da infração argumentando não haver fato gerador, porque a operação em tela está sob a regência do ISS, de competência municipal, ou, mais precisamente, que mais de 95% das operações efetuadas é na prestação de serviço de reparos de calçados e ínfima a participação da venda de mercadorias.*

*O autuante, a seu tempo, na sua informação fiscal, diz que a atividade principal do autuado é de comércio varejista, ainda assim considerou os valores de prestação de serviço constante na DME, o que reduziu a exigência para R\$ 19.776,89.*

*Verifico que o autuado não juntou ao processo boletos dos cartões e documentos fiscais que pudessem comprovar a efetiva prestação de serviço, entre os valores informados pelas instituições administradoras dos cartões, muito embora lhe tenha sido disponibilizada a cópia do Relatório TEF diário de operações (fl. 06), relativo às operações praticadas pelo seu estabelecimento, com os quais poderia elidir a presunção imputada comprovando a regularidade das operações não sujeitas ao ICMS e pagas com cartões de crédito / débito, da forma como alega.*

*Como nada apresentou, a alegação defensiva constitui mera negativa de cometimento da infração, o que à luz do art. 143 do RPAF/BA não desonera o autuado de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.*

*Outrossim, ainda é incabível a arguição de que não pratica operações comerciais ou que o faz em percentual ínfimo, tendo em vista que constam dos autos diversas notas fiscais de aquisição de mercadorias (fls. 54/72); pagamento de ICMS antecipação parcial (fls. 74/77); além de valores considerados na DME (Declaração de Movimento Econômico), fl. 82. Ainda assim, o autuante considerou a totalidade dos valores lançados na DME a título de prestação de serviço, excluindo da base de cálculo o valor de R\$ 29.811,90, conforme demonstra a planilha de apuração de fl. 84, que reduziu o ICMS exigido de R\$ 22.459,96 para R\$ 19.776,89.*

*Desta forma, como a infração apurada está disciplinada no inciso III do art. 915 do RICMS/BA, já que se trata de infração decorrente de realização de roteiro de Auditoria em relação às vendas realizadas através de Cartão de Crédito/Débito, entendo que foi correta a adoção da metodologia para apuração do imposto devido, inclusive, foi observado o percentual de 8% previsto em lei, a título de crédito fiscal, na determinação do valor do imposto a recolher (Lei nº 8.534/02, de 13/12/02, que alterou o art. 19 da Lei nº 7.357/98), por ser o contribuinte inscrito no regime simplificado de apuração do imposto, SIMBAHIA, conforme art. 408-S do RICMS/BA.*

*A final, tratando-se a infração de uma presunção legal relativa, em existindo outros elementos de prova diversos dos já considerados, inclusive venda de serviços, cujo pagamento tenha efetivamente ocorrido através de cartões de crédito ou de débito, competia ao contribuinte juntar ao documento fiscal próprio, o boleto comprovante dessas operações com cartão para fins de confronto com o relatório TEF, do que não cuidou o autuado.*

*Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração”.*

Inconformado, o sujeito passivo interpôs o Recurso Voluntário de fls. 100/113, suscitando preliminar de nulidade da autuação, sob o argumento de que houve quebra de sigilo bancário mediante a utilização de dados das instituições financeiras sem autorização judicial (art. 5º, XII, CF/88). Ressalta que, ainda quando haja anuênciam Poder Judiciário a constituição determina que a quebra do sigilo deve objetar as finalidades de investigação processual citando desta feita ALEXANDRE DE MORAES, não

âmbito da autoridade administrativa, transcrevendo a favor de sua tese o Recurso Voluntário 099082 do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda.

Invoca a Súmula nº 473, STF, e reitera o seu pleito de nulidade.

No mérito, salienta, inicialmente, que é empresa tradicional no ramo de prestação de serviços de reparação de calçados, atuando ainda, apesar de não ser o foco principal, no ramo de comércio varejista de produtos para couro, sendo franqueada da SAPATARIA DO FUTURO, rede nacional, cumpridora de suas obrigações fiscais em todos Estados onde atua. Diz que mais de 95% das operações efetuadas é na prestação de serviço de reparos de calçados e ínfima a participação da venda de mercadorias.

Argumenta não haver fato gerador, porque a operação em tela está sob a regência do ISS, de competência municipal, nos termos do art. 156, III, CF/88. Requer perícia fiscal e contábil.

Finaliza pedindo improcedência da autuação por inexistência de relação obrigacional tributária e juntada posterior de documentos.

A PGE/PROFIS, no Parecer de fls. 119/121, opinou pela rejeição da preliminar suscitada e, no mérito, pelo Improvimento do apelo, sob o fundamento de que o sujeito passivo não comprovou a existência de outras prestações de serviço além daquelas que foram afastadas pelo autuante e consideradas no julgamento de primeira instância. Invoca o art. 143, do RPAF, e tece comentários sobre a presunção em comento, concluindo pela insubsistência dos argumentos recursais.

## VOTO

A preliminar de nulidade suscitada não merece acolhimento, pois, como bem consignou a Junta de Julgamento Fiscal, o fornecimento de informações sobre as vendas efetuadas por meio de cartão de crédito é matéria regulada por Convênio do ICMS (Convênio ECF 01/01) e por Lei (art. 235-A, da Lei nº 7.014/96). Assim, não se pode falar em quebra indevida de sigilo bancário.

Também fica rejeitado o pedido de perícia contábil e fiscal, não só porque o contribuinte olvidou o cumprimento das exigências normativas que são próprias a tais espécies probatórias, como também porque o seu argumento referente à receita oriunda de prestação de serviços é ineficaz para fins de desoneração, como se verá a seguir.

No mérito, a pretensão recursal não possui respaldo jurídico.

A presente autuação visa à cobrança de ICMS por presunção de omissão de saídas de mercadorias, por ter sido apurada diferença entre os valores registrados na redução “Z” do ECF do contribuinte como operações efetivadas mediante pagamento com cartões de crédito e de débito e as informações fornecidas pelas instituições financeiras que administraram tal meio de pagamento.

Tal presunção encontra lastro legal no art. 4º, parágrafo 4º, da Lei nº 7.014/96, que prevê, de forma expressa, que a existência de diferenças entre os valores informados pelas administradoras e os registros do ECF do contribuinte permite a cobrança do tributo por presunção, cabendo ao contribuinte a prova de que não houve falta de recolhimento do ICMS.

Na hipótese dos autos, o recorrente não se desincumbiu do ônus de demonstrar a regularidade das operações realizadas, deixando de trazer aos autos a documentação que revele que as operações informadas pelas administradoras foram, de fato, oferecidas à tributação.

A alegação recursal de que a maior parte de sua receita advém de prestação de serviços é insuficiente para afastar a exigência fiscal, pois, de acordo com o que se observa do processo, especialmente da Informação Fiscal de fls. 79/81, o autuante excluiu da base de cálculo do imposto lançado o valor de R\$29.811,90, relativo aos serviços pres-  
passivo em sua DME do exercício de 2006, objeto da autuação (fl.  
excluído).

Ante o exposto, rejeito as preliminares suscitadas e, no mérito, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 117227.0034/07-1, lavrado contra BRUTAMAS COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA. (SAPATARIA DO FUTURO), devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$19.776,89, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de dezembro de 2010.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

FÁBIO DE ANDRADE MOURA – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS