

PROCESSO - A. I. Nº 088299.0002/10-7
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e J. B. FERREIRA NETO & CIA. LTDA.
RECORRIDOS - J. B. FERREIRA NETO & CIA. LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JJF nº 0098-03/14
ORIGEM - INFAS VAREJO
INTERNET - 02/12/2014

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0364-11/14

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NOS DOCUMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A diferença apurada entre o valor das vendas registradas em cartão de crédito e o valor informado pela administradora do cartão indica que o sujeito passivo efetuou vendas sem emissão do documento fiscal correspondente. Refeitos os cálculos, o débito originalmente apurado ficou reduzido. Rejeitada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recursos NÃO PROVIDOS. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Versam os autos de Recursos Voluntário e de Ofício interpostos em face do acórdão que julgou Parcialmente Procedente o Auto de Infração, lavrado em 28/05/2010, pelo suposto cometimento da seguinte infração:

Infração 01 - Omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito. Total da Infração: R\$174.420,63, e multa de 70%, (período de janeiro a dezembro de 2008).

Foram apresentadas Defesa administrativa argüindo a nulidade do Auto de Infração e a improcedência do lançamento, bem como Informação Fiscal rebatendo os argumentos defensivos e clamando pela procedência da infração.

Diante dos fatos, a 3ª JJF converteu o feito em diligência, consoante alguns argumentos defensivos, resultando na produção de novo demonstrativo de débito e consequente redução do valor originalmente lançado.

Regularmente instruído, a 3ª JJF julgou o presente Auto de Infração Parcialmente Procedente, de forma unânime, com base nos seguintes argumentos, *in verbis*:

VOTO

O defensor suscitou a nulidade da autuação, apresentando o entendimento de que o roteiro de Auditoria adotado é inapropriado para a situação do contribuinte, e que a autuação considera que todas as vendas em espécie foram realizadas sem nota fiscal. Afirma que não existe segurança para se determinar tal situação.

Não acato a alegação defensiva, haja vista que o autuado comercializa mercadorias do regime normal de tributação, isentas e sujeitas à substituição tributária, conforme demonstrativo da proporcionalidade apresentado pelo Contribuinte para aplicação da Instrução Normativa 56/2007. Quanto às vendas efetuadas com cartão de crédito ou de débito, por determinação desta Junta de Julgamento Fiscal, foi solicitado ao contribuinte o demonstrativo dos boletos emitidos e respectivos documentos fiscais para fins de exclusão no levantamento fiscal dos valores comprovados, o que foi realizado, conforme novas planilhas comparativas elaboradas pelo autuante.

Rejeito a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da

multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos. O PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

No mérito, o presente Auto de Infração refere-se à exigência de ICMS, por omissão de saída de mercadoria tributável apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, no período de janeiro a dezembro de 2008.

Foi apurada diferença entre o valor das vendas efetuadas com pagamentos por meio de cartão de crédito e o valor informado pelas administradoras, e tal fato constitui presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, consoante o disposto no § 4º, do art. 4º, da Lei 7.014/96:

“Art. 4º

§ 4º O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de 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”.

Trata-se de exigência de imposto por presunção legal, o que poderia ser totalmente elidido pelo sujeito passivo, tendo em vista que neste caso, cabe ao impugnante exibir provas de que não cometeu a infração, nos termos do art. 123 do RPAF/99.

Em sua impugnação, o autuado alegou que na planilha de cálculo do “imposto devido” não foram registradas vendas nas “reduções Z”, assim como não foram computadas saídas através de Notas Fiscais. Que, no ramo de “materiais de construção”, no varejo, a maior parte das mercadorias se encontra sob o regime de substituição tributária.

Considerando as alegações apresentadas pelo defensor, esta Junta de Julgamento Fiscal determinou a realização de diligência no sentido de que o autuado fosse intimado para apresentar demonstrativo referente aos boletos das operações com cartões de crédito ou de débito e correspondentes Notas Fiscais ou Cupons Fiscais emitidos. Que o autuante confrontasse o demonstrativo apresentado pelo Contribuinte com os documentos originais, fazendo as exclusões em relação aos documentos apresentados pelo defensor, que comprovassem a efetiva existência de documentação fiscal correspondente à venda efetuada com cartão de crédito ou de débito. Também foi solicitado que fosse aplicada a proporcionalidade prevista na Instrução Normativa 56/2007.

Os cálculos foram feitos pelo autuante que elaborou nova planilha comparativa de vendas por meio de cartão de crédito/débito, fl. 75, onde foram lançados os valores relativos às vendas com cartão de débito e de crédito, constantes na redução Z, tendo sido aplicado o índice de proporcionalidade previsto na IN 56/2007, ficando reduzido o débito originalmente apurado para R\$55.722,07.

Embora o defensor não tenha acatado os novos valores apurados pelo autuante, não apresentou novos elementos que ensejassem a realização de nova diligência fiscal. Apenas alegou, sem comprovar, que mesmo com sensível redução do débito, apenas cerca de 30% foram consideradas como sendo através de ECF, o que não corresponde à realidade. Alega que ao fazer a exclusão das operações lançadas nas reduções Z como sendo via cartões, a autuação considera que todas as vendas em espécie foram realizadas sem nota fiscal.

Se fosse comprovado que houve operações com cartão registradas como se fossem em dinheiro, a apresentação dos boletos e respectivos documentos fiscais seriam objeto de exclusão no levantamento fiscal. Entretanto, tal comprovação não foi acostada aos autos e não consta que foi apresentada quando da realização da diligência fiscal.

Quanto ao argumento defensivo de que não se pode atribuir validade às informações prestadas pelas administradoras sem a anuência do Contribuinte, “eis que efetivamente viciadas”, observo que de acordo com o art. 35-A da Lei 7.014/96, “as administradoras de cartão de crédito ou de débito deverão informar ao fisco estadual o valor referente a cada operação ou prestação efetuada por contribuintes do imposto através de seus sistemas de crédito, débito ou similares”, e o defensor não apresentou qualquer comprovação quanto à existência de vícios em tais informações.

Por fim, o autuado requer que toda intimação alusiva ao feito seja encaminhada ao seu representante, subscritor da peça defensiva. Não há impedimento para que tal providência seja tomada. Porém, observo que de acordo com o art. 26, inciso III, do RPAF/99, a intimação deve ser efetuada por escrito, endereçada ao contribuinte, seu preposto ou responsável, e a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao

sujeito passivo encontra-se prevista nos arts. 108/109 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, inexistindo qualquer irregularidade se a intimação for endereçada diretamente ao contribuinte.

Acato a revisão efetuada pelo autuante, tendo sido alterado o débito no período fiscalizado para o total de R\$55.722,07, conforme demonstrativo à fl. 73 do PAF.

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

Prolatada a Decisão, devido a redução ocorrida, a 3^a JJF interpôs Recurso de Ofício, consoante previsão legal vigente à época do julgamento.

Por sua vez, inconformado com o julgamento de Primeira Instância, o Contribuinte interpôs Recurso Voluntário (fls. 102 a 106), fazendo um breve histórico dos fatos, das infrações lançadas e dos motivos que devem levar à alteração do julgamento de piso.

Prefacialmente, reitera os argumentos defensivos e demais pronunciamentos, pedindo que haja manifestação na Segunda Instância, bem como que todas as intimações seja endereçadas ao patrono da empresa.

Adiante, expõe sua discordância quanto ao fundamento da Decisão “*de que as informações prestadas unilateralmente pelas administradoras são válidas*”, citando trecho do voto de primeira instância no qual há menção ao art. 35-A da Lei nº 7.014/96 e que a falta de declaração de nulidade decorreu, pois, o defendant não teria apresentado qualquer comprovação quanto à existência de vícios nas informações prestadas pelas administradoras de cartão. Argumenta que “se as informações foram produzidas de maneira unilateral, como poderia o autuado fazer ‘prova dos vícios’?”.

Sustenta que caberá as administradoras de cartão a comprovação das informações constantes nas meras listagens, “*com apresentação dos documentos pertinentes*”. Nesta senda, assevera que a questão vem sendo tratada pelo Poder Judiciário como “**quebra ilegal de sigilo bancário**”.

Afiança que, com base nesses dois argumentos, “*não há segurança na determinação da infração e apuração dos valores*”.

Para sustentar sua tese, menciona e transcreve o Recurso Extraordinário de relatoria do Ministro Marco Aurélio, onde se questiona a LC 105/01 e os art. 4º e 5º do Decreto nº 3.724/01, no qual o Plenário do STF decidiu que a quebra do sigilo de dados bancários está sob reserva de jurisdição.

No mesmo sentido, colaciona as ementas do RE´s 555.112/2011 e 387.604/11.

Noutra linha, alega que o índice de proporcionalidade adotado de 46,52% não é compatível com o setor de varejo de produtos destinados à construção civil, alegando que cerca de 90% dos produtos comercializados pelo autuado se encontravam no regime de substituição tributária, tais quais cimentos, blocos, tijolos, telhas, tubos, manilhas, pastilhas, azulejos, tintas, vernizes e ceras de polir e etc.

Ao final, clama pela produção de todas as provas no direito admitidas e o provimento do seu recurso, para que seja declarada a nulidade ou a improcedência do Auto de Infração.

Em termos, os autos forma remetidos à PGE/PROFIS para análise.

No Parecer de fls. 111 a 113, a i. procurador José Augusto Martins Júnior, após breve síntese do Recurso e dos fatos vividos no PAF, opina pelo Não Acolhimento das razões recursais.

Sustenta inicialmente que falece competência a este foro administrativo discorrer sobre questionamentos de constitucionalidade da legislação posta. Diz que embora as informações fornecidas pelas administradoras de cartão não configurarem um documentos fiscal, elas possuem suporte no art. 4º, §4º da Lei nº 7.014/96, como vendas realizadas através de cartão de crédito e/ou débito.

Cita e transcreve as Cláusulas Primeira e Quarta do Convênio ECF 01/98 para então afirmar que o Contribuinte poderá optar por autorizar a administradora de cartão de crédito ou débito a

fornecer às Secretarias da Fazenda o faturamento do estabelecimento usuário do ECF.

Aborda também que os artigos 35 e 35-A da Lei nº 7.014/96 possibilitam a apresentação de informações pelas administradoras de cartão de crédito e débito ao Fisco.

Por fim, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Cuidam os autos dos Recursos Voluntário e de Ofício, interpostos em face da Decisão de *primo grau* que julgou Parcialmente Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lançado pelo suposto cometimento de omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão.

Compulsando os autos, entendo que não merecem guarida ambos os recursos.

Faço primeiramente a análise do Recurso Voluntário.

A insurgência do Contribuinte cinge-se a nulidade do lançamento por entender que i) não houve correta produção de prova por parte do Fisco ao utilizar as informações das administradoras de cartão de crédito e débito, bem como ii) a existência de quebra ilegal de sigilo bancário, e; no mérito, iii) a improcedência da infração por falta de utilização do correto percentual de proporcionalidade nas vendas tributadas pela empresa.

No que tange a questão a produção de prova pelo Fisco, com base nas informações apuradas pelas operadoras de cartão de crédito e débito, vejo que a legislação vigente estabelece a possibilidade da Fiscalização em utilizá-las como meio de prova apto para apontar irregularidades fiscais, mesmo não sendo tais informações e demonstrativos documentos fiscais próprios.

O cotejo das informações prestadas pelas operadoras de cartão, com aqueles valores de vendas declaradas por meio de cartão de crédito ao Fisco pela empresa, consubstancia a presunção de omissão de saídas de mercadorias segundo o art. 4º, §4º da Lei nº 7.014/96, como exposto na Decisão *a quo*.

Ademais, tanto o Convênio ECF 01/98, citado pelo n. Procurador em seu Opinativo, quanto o artigo 35-A da Lei nº 7.014/96 dão suporte tanto à utilização dessa informação, quanto a possibilidade de envio das mesmas ao Fisco.

Em que pese o robusto arrazoado colacionado aos autos em relação à quebra de sigilo bancário, entendo que falece competência a este Colegiado em apreciar a constitucionalidade da legislação vigente, ante ao quanto disposto no art. 167, I do RPAF/BA.

Assim, afasto as preliminares suscitas pelo Sujeito Passivo em seu Recurso.

Caminho para o exame do mérito.

Quanto a suposto erro no critério de proporcionalidade utilizado pela fiscalização, entendo que não há a devida comprovação por parte do Contribuinte de que efetivamente há tal erro no percentual utilizado nos demonstrativos revisados e considerados no julgamento de base. Consoante os artigos 142 do RPAF e 333 do CPC, caberia à empresa comprovar tal fato controverso (incorreto uso de índice de proporcionalidade de mercadorias tributadas), ou seja, competiria à parte comprovar mediante as suas notas fiscais de entradas que não foram respeitadas as disposições da Instrução Normativa nº 56/2007.

No mais, cura ressaltar que os percentuais de proporcionalidade manejados no presente PAF foram calculados com base na documentação trazida pelo Contribuinte quando da realização da diligência, conforme se comprova na manifestação do Sr. Fiscal de fl. 76, cujo parte da alegações estão abaixo transcritas, *in verbis*:

“Do mesmo modo, conferimos o demonstrativo relativo às entradas de mercadorias com as respectivas notas fiscais e elaboramos o demonstrativo de fl 74, com o objetivo de apurar dados para aplicação da proporcionalidade recomendada pelo IN SAT nº 56/2007”.

Assim, entendo que o Recurso Voluntário NÃO DEVA SER PROVIDO.

Passo ao estudo do Recurso de Ofício.

Vejo que a desoneração ocorrida foi resultado da verificação e correção de erros do lançamento original quando da realização de diligência pelo próprio Sr. Autuante, às fls. 44 a 76. A redução teve como base: i) a apuração e consideração das vendas com cartão constantes na Redução Z, que não estavam presentes no lançamento original, devido ao fato de não terem sido entregues à fiscalização quando solicitadas e; ii) a apuração do percentual de proporcionalidade com base nos documentos fiscais trazidos pela própria empresa quando da realização da diligência.

Logo, percebo que os argumentos defensivos foram acatados pela fiscalização quando esta teve em mãos os documentos necessários para complementar o lançamento fiscal por meio de auditoria de cartão de crédito e débito, mas que estavam em posse do Contribuinte.

Deste modo, também entendo que o Recurso de Ofício não deve ser provido.

Em face do tudo aqui exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO de ambos os recursos, para manter inalterada a Decisão de piso que julgou PARCIALMENTE PROCEDENTE o Auto de Infração em epígrafe.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 088299.0002/10-7, lavrado contra J. B. FERREIRA NETO & CIA. LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$55.722,07, 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, 12 de novembro de 2014.

ROSANY NUNES DE MELLO NASCIMENTO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL - RELATOR

MARIA HELENA DE MENDONÇA CRUZ – REPR. DA PGE/PROFIS