

PROCESSO - A. I. Nº 269198.0116/14-0
RECORRENTE - CASA COSTA MÓVEIS LTDA. (CASA COSTA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0013-05/15
ORIGEM - INFRAZ IRECÊ
INTERNET - 12/06/2015

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0131-11/15

EMENTA: ICMS. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS PELA ADMINISTRADORA DOS CARTÕES RESULTANDO EM DIFERENÇA NÃO COMPROVADA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. A declaração de vendas, pelo contribuinte, em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção (§ 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº 8.542/02). Imputação não elidida. Aplicado o critério da proporcionalidade previsto na Instrução Normativa nº 56/2007. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 15/09/2014 para cobrar ICMS no valor de R\$8.178,10, em decorrência do suposto cometimento de 02 infrações, abaixo descritas:

INFRAÇÃO 01 – 05.08.01 – Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito ou de débito através de equipamento Emissor de Cupom Fiscal em valores inferiores aos valores fornecidos por instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito, no período de dezembro de 2012 a novembro de 2013, conforme demonstrativos às fls. 06 a 50.

Foram apresentadas Defesa tempestiva as fls. 56 a 72 pugnando pela nulidade e improcedência da infrações, bem como a respectiva Informação Fiscal pelo autuante, às fls. 79 e 80, rebatendo as justificativas defensivas, expondo o entendimento da procedência total do Auto de Infração.

Regularmente instruído, o processo foi a novo julgamento pela 5ª JJF, que decidiu, por unanimidade, pela procedência da exigência fiscal, com base nas considerações a seguir transcritas, *in verbis*:

VOTO

Analizando a preliminar de nulidade argüida pelo sujeito passivo, relativa ao enquadramento da infração no artigo 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, sem a indicação da alínea correspondente ao fato apurado, verifico que realmente o autuante olvidou de citar a alínea “f”, item “2”, uma vez que, o fulcro da autuação foi a constatação de valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte inferiores aos informados por administradoras de cartões de crédito ou débito, consoante consta no referido dispositivo legal, in verbis:

III - 100% (cem por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente, apurando-se a ocorrência de:

(...)

f) valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte inferiores aos informados por:

(...)

2 - administradoras de cartões de crédito ou débito;

Contudo, de acordo com o artigo 19 do RPAF/99, “A indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.”

Neste caso, está evidente o enquadramento legal, tanto que o autuado entendeu perfeitamente o motivo da autuação, qual seja omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito/débito em valores menores do que as vendas informadas pelas Administradoras de Cartões de Créditos, e em suas razões meritórias exerceu o seu direito de defesa apontando equívocos no aludido trabalho fiscal que será analisado por ocasião do exame do mérito.

Portanto, o simples fato de não constar a alínea “f”, item “2”, no enquadramento legal da infração, não causou prejuízo à defesa, ou seja, não impediu o exercício da ampla defesa e do contraditório do defendant, não sendo, por isso, motivo para que seja decretada a nulidade da autuação.

Ainda em preliminar, o sujeito passivo argüiu a inconstitucionalidade da aplicação das taxas SELIC para a atualização dos débitos, e a consequente inaplicabilidade como juros, por entender que o § 1º do art. 161 do CTN determina que só se pode cobrar juros de mora, não admitindo percentual superior a 1%. Por conta disso, aduz que deve ser expurgado da exigência fiscal, os juros à base da Taxa Referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC).

Também não merece acolhimento esta preliminar, visto quer a atualização dos débitos tributários pela taxa SELIC é prevista no art. 102, § 2º, II, da Lei nº 3.956/81 (COTEB).

Em relação às alegações de inconstitucionalidade da Legislação Tributária Estadual, é importante lembrar que este órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade da referida legislação, assim como não lhe cabe competência para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o art. 167, inciso I, do RPAF/BA. Portanto, não é esta Junta de Julgamento Fiscal o foro apropriado para a discussão de uma possível ilegalidade de norma tributária estadual, como argüido pelo autuado, cuja jurisprudência e doutrina citadas na defesa não se aplicam aos fatos objeto do presente processo administrativo fiscal.

No mais, não assiste razão ao sujeito passivo em sua alegação de cerceamento ao direito da ampla defesa e não atendimento ao devido processo legal, tendo em vista que:

a) O PAF está revestido das formalidades legais, estão determinados o contribuinte autuado, o montante do débito tributário e a natureza da infração apurada, cuja multa exigida está fundamentada em diploma legal vigente, e nos demonstrativos e respectivos documentos que fundamentam a autuação.

b) A acusação fiscal constante da peça inicial está de acordo com os fatos apurados pela fiscalização, cuja descrição dos fatos está posta de forma clara e precisa no corpo do Auto de Infração, conforme demonstrativos elaborados pelo autuante às fls.06 a 50, os quais, evidenciam a origem da infração apurada, e permitiram o perfeito entendimento da acusação fiscal, pois identificam de forma bastante clara a infração, e todos os documentos fiscais e demais elementos objeto do levantamento que geraram a exigência tributária em questão.

Logo, não cabe a alegação de nulidade por cerceamento do direito de defesa, uma vez que a acusação fiscal possui os elementos identificadores da infração imputada, além das planilhas que embasaram a autuação, constar todos os elementos necessários que possibilitaram ao autuado exercer seu amplo direito de defesa.

Assim, não está comprovada nos autos a existência de vícios formais que comprometam a eficácia da autuação fiscal, cujas questões que envolvam eventuais erros na apuração do débito ou falta de comprovação do cometimento da infração, serão objeto de apreciação por ocasião do exame do mérito, ficando rejeitada a preliminar de nulidade requerida nas razões de defesa, por não encontrar amparo em nenhum nos incisos I a IV do artigo 18 do RPAF/99.

No mérito, a infração descrita no Auto de Infração diz respeito a omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito/débito em valores menores do que as vendas informadas pelas Administradoras de Cartões de Créditos.

O débito da infração foi apurado com base nos seguintes demonstrativos:

- a) SAÍDAS DE MERCADORIAS – VENDAS CONFORME CONSTAM EM CUPONS FISCAIS EMITIDOS POR ECF – ANUAL – fl.06;
- b) SAÍDAS DE MERCADORIAS – VENDAS CONFORME CONSTAM EM CUPONS FISCAIS EMITIDOS POR ECF – MENSAL – fls.07 a 40;
- c) DEMONSTRATIVO DA PRESUNÇÃO DE OMISSÕES DE OPERAÇÕES TRIBUTADAS PELO ICMS – fls.41 a 44;
- d) DEMONSTRATIVO DO CÁLCULO DO ÍNDICE DE PROPORCIONALIDADE – fls.45 a 49;
- e) DEMONSTRATIVO DA FALTA DE PAGAMENTO DO ICMS – fl.50.

Analizando o DEMONSTRATIVO DA PRESUNÇÃO DE OMISSÕES DE OPERAÇÕES TRIBUTADAS PELO ICMS – fls.41 a 44, constato que nele foram consideradas as vendas diárias com cartão de crédito/débito

informadas pelas administradoras, com a indicação do meio de pagamento (crédito/crédito), o nome da administradora, número da autorização e valor, este último cotejado com as vendas através cupom fiscal constantes no ECF como venda em cartão de débito/crédito (fls.06 a 40), resultando nas diferenças que somadas mensalmente, ensejaram as diferenças representativas da base de cálculo do imposto, e que aplicada a proporcionalidade prevista na IN nº 56/2007 sobre tais diferenças mensais (fls.45 a 49), ocasionaram o imposto devido calculado à alíquota de 17%, que foram consignados no demonstrativo de débito às fls.01 e 02, caracterizando vendas em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito.

Por oportuno, assinalo que a auditoria de cartão de crédito/débito é realizada tomando-se por base a comparação entre dados de pagamentos realizados por meio de Transferência Eletrônica de Fundos e os dados dos documentos fiscais de saídas de mercadorias emitidos quando das vendas realizadas pelo sujeito passivo, sendo rotineiro e devido que o Fisco use os dados de todos os documentos fiscais emitidos por ocasião das vendas realizadas com pagamento por meio de Transferência Eletrônica de Fundos com o uso de cartões de débito e de crédito, seja por meio da análise, pelos prepostos fiscais, das reduções Z, que contêm os dados dos cupons fiscais emitidos, seja por meio de análise dos dados dos demais documentos fiscais de venda.

De acordo com § 4º do artigo 4º, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.542 de 27/12/02, efeitos a partir de 28/12/02, in verbis: “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”.

Portanto, a declaração de vendas em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com Recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, cabendo ao contribuinte comprovar a improcedência dessa presunção legal.

Observo que na intimação à fl.52 dando ciência da autuação, foram entregues ao autuado cópia do Auto de Infração e dos demonstrativos de fls.01 a 50 do processo, ressalvando-se que nos demonstrativos de fls.41 a 44, estão especificadas as vendas diárias, por operação, dos meses objeto do levantamento fiscal, feitas através de cartões de crédito e débito, relativamente a cada instituição ou administração de cartão, separadamente, permitindo ao sujeito passivo que exercesse a ampla defesa e o contraditório, efetuando o cotejo entre os valores registrados na escrita fiscal e no equipamento emissor de cupom fiscal com as operações informadas pelas administradoras de cartões de crédito/débito, apontando, se fosse o caso, erro na apuração do débito pela fiscalização, haja vista que incumbe ao Contribuinte dar especial atenção às provas acostadas ao lançamento pela autoridade administrativa, para contraditá-las e desconstituir-las com as contraprovas que apresente, para corroborar as questões de direito ou de mérito formuladas na impugnação, e, dessa forma, obter a declaração da improcedência do lançamento.

O sujeito passivo em suas razões meritórias arguiu que fosse afastado do lançamento tributário todos os períodos anteriores a julho de 2013, em atenção ao princípio da irretroatividade, sob o fundamento de que até julho de 2013, no Estado da Bahia, não havia qualquer obrigatoriedade para utilização de equipamentos TEF, onde cada venda é atrelada ao seu pagamento, comprovando a tal regularidade fiscal.

Analizando o parágrafo 8º, I, do Decreto 14.295/13, publicado no DOE em 01/02/13, que alterou o RICMS, citado na defesa, observo que de fato foi instituída a obrigação para as empresas com faturamento superior a R\$ 3.600.000,00, a utilização do TEF a partir de primeiro de julho de 2013.

Com base no dispositivo acima transscrito, realmente os fatos anteriores à citada data não estavam obrigados a serem registrados no ECF. Contudo, em que pese existir a exigência de vinculação de venda com o cupom fiscal, e a permissão para venda mediante maquinetas de cartão, para elidir a autuação bastaria que o autuado comprovasse que para esses valores foram emitidas as respectivas notas fiscais que comprovassem o lançamento do imposto devido na escrita fiscal.

No que tange a alegação o Auto de Infração está fundado em meras presunções sem qualquer comprovação, inclusive que o seu faturamento é superior aquele apontado pela administradora do cartão, não elide a acusação fiscal, uma vez que a presunção de omissão de vendas neste processo encontra amparo no § 4º do artigo 4º, da Lei nº 7.014/96.

Quanto a considerar, como vendas através de cartão de crédito/débito, todas as vendas realizadas, ou seja, todo o faturamento, por ser este superior aos valores dos TEFs Diários, não acolho tal conclusão, uma vez que, repito, para elidir a presunção legal de omissão de saídas, deveria ter sido feito o cotejamento diário da cada venda informada pelas administradoras através dos TEFs diários, com o que consta no ECF e/ou notas fiscais emitidas. Desta forma, considero que, o montante das operações através de notas fiscais, sem a correlação de cada operação com cartão de crédito constante nos TEFs (fls.41 a 44), não elide a acusação fiscal.

Quanto a alegada quebra de sigilo fiscal das informações prestadas pelas operadoras de cartões de

débito/crédito, ressalto que está previsto no Convênio ECF 01/01, que dispõe sobre informações do faturamento de estabelecimento usuário de ECF, prestadas por administradoras de cartão de crédito, que o contribuinte usuário de ECF em substituição à exigência prevista na cláusula quarta do Convênio ECF 01/98, de 18 de fevereiro de 1998, poderá optar, uma única vez, por autorizar a administradora de cartão de crédito ou débito, a fornecer às Secretarias de Fazenda, Finanças, ou Tributação dos Estados, do Distrito Federal e à Secretaria da Receita Federal, até a data, na forma, nos prazos e relativamente aos períodos determinados pela legislação de cada unidade federada, o faturamento do estabelecimento usuário do equipamento (Cláusula Primeira).

O estabelecido acima foi recepcionado no art. 35 “a” da Lei nº 7.014/96, no qual está previsto que as administradoras de cartão de crédito estão obrigadas a informar todas as operações realizadas pelos contribuintes. Logo, se o contribuinte está obrigado a informar as operações às administradoras de cartão de crédito e débito, não ocorreu quebra de sigilo fiscal o fornecimento de tais informações ao Fisco.

No que diz respeito a alegação de que o Fisco só poderia examinar os registros de instituições financeiras se houvesse processo administrativo instaurado, entendo que a Ordem de Serviço nº 510550/13, é o documento que autoriza o preposto fiscal autuante a instaurar sua ação fiscal visando a verificação da regularidade das operações realizadas pelo autuado no modo de pagamento por meio de cartão de crédito/débito.

Quanto ao aludido aproveitamentos dos créditos, decorrentes da presente imputação, em atenção ao princípio da não-cumulatividade, não considero cabível, pois não há na aludida presunção legal, prevista no §4º do art. 4º da Lei 7.014/96, ou outra lei ou ato normativo, constante da Legislação Tributária Estadual, “para o autuado”, a previsão de concessão dos requeridos créditos fiscais para ser deduzido do apurado imposto devido, uma vez que, inclusive, não foram apresentados os aludidos documentos fiscais que amparam os questionados créditos. A presunção é de que ocorreram saídas anteriores não oferecidas à tributação, cujas receitas foram utilizadas para pagamento das notas fiscais cujos registros contábeis não constam os respectivos pagamentos, portanto não há o que se falar em não cumulatividade.

Sobre o pedido do autuado para que seja afastada a multa aplicada pelo descumprimento da obrigação principal neste processo, ou quando menos, reduzido o seu percentual, ressalto a legalidade da mesma, tendo em vista que está prevista no artigo 42, III, “f”, “2”, da Lei nº 7.014/96, não podendo ser acatado o pedido de sua exclusão ou redução, visto que a penalidade imposta está vinculada à infração cometida, e este órgão julgador não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação principal, competência exclusiva da Câmara Superior deste CONSEF, consoante o art. 159 do RPAF/99.

Além do mais, restando caracterizado o descumprimento da obrigação principal no caso em comento, a aplicação da multa de 100%, tem previsão no artigo 42, inciso III, “f”, “2”, da Lei nº 7.014/95, sendo que as alegações concernentes ao seu caráter confiscatório não devem ser apreciadas em face do disposto no artigo 167, inciso I, do RPAF/99.

Por fim, ressalto que para ser elidida de modo válido a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, o autuado deveria ter feito o cotejamento entre o que consta nos “Relatório de Informações TEF – Diário”, com os valores correspondentes às vendas constantes no ECF e/ou nas notas fiscais emitidas, de modo a comprovar que os valores informados pelas operadoras efetivamente foram lançados em sua escrita fiscal, haja vista que nos citados TEF’s diários estão especificadas as vendas diárias, por operações, dos meses objeto do levantamento fiscal, feitas através de cartões de crédito e débito, relativamente a cada instituição ou administradora de cartão, separadamente.

Nestas circunstâncias, não existe incompatibilidade do presente lançamento com a previsão legal insculpida no artigo 4º, § 4º da Lei 7.014/96, considerando que o autuado não apresentou nenhum levantamento correlacionando as vendas realizadas no ECF e/ou através de notas fiscais série D-1, concluo que não foi elidida a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, subsistindo em parte

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado com a Decisão, a empresa interpõe tempestivamente Recurso Voluntário, às fls. 113 a 139, objetivando a revisão do julgamento, repisando os argumentos já exposto em sede de defesa.

Após breve síntese dos fatos, inicia seu arrazoado arguindo como preliminar, cerceamento do direito de defesa conforme já exposto em sua defesa inicial.

Preliminarmente, argüiu a nulidade do Auto de Infração por cerceamento de defesa em razão da capitulação incorreta da infração apta a gerar a multa aplicada, violando de maneira explícita o artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988, bem como o art. 2º da Lei nº 10.941/01 que disciplina o processo administrativo fiscal.

Nesse passo, ressalta que em obediência aos princípios do contraditório e ampla defesa, tem-se por imprescindível a presença exata dos elementos identificadores da infração a que deu ensejo o

lavratura do presente Auto de Infração, através de uma **descrição específica** da capituração legal infringida.

Sob este prisma, sustenta que é evidente e irrefutável que nos autos ora discutidos, sob a ótica de sua legalidade, não houve a observância aos mencionados princípios consagrados por nosso ordenamento jurídico, uma vez que o autuante **apontou de forma genérica** o artigo infringido, não especificando-o, impedindo-lhe o exercício da ampla defesa e do contraditório do defendant.

Aduz que os dispositivos legais capitulados possuem diversas alíneas, cada uma contendo uma regra jurídica, das mais diversas especificidades possíveis, situação que sustenta lhe impedir de constatar qual deles o Fisco entende ter sido violado e saber o que lhe está sendo imputado, indo de encontro ao direito constitucional da ampla defesa.

Sobre a incompleta capituração legal dos artigos tidos como infringidos, transcreve lição de Hugo de Brito Machado Segundo, que a considera como causa de cancelamento da exação fiscal. Além disso, traz à lume os ensinamentos de Antonio da Silva Cabral e de emérito Professor e Doutor em Direito Tributário, e ex-Juiz do Egrégio Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo, Dr. José Eduardo Soares de Mello, sobre esta questão.

Com base nisso, argumenta que o vício contido no presente Auto de Infração, **capituração legal que não corresponde a verdade material, nem a indica claramente**, efetivamente o anula, pois trata-se de vício substancial na motivação do lançamento e que acaba por infringir o art. 142 do CTN, o princípio da subsunção, da tipicidade e, consequentemente, o da ampla defesa e do contraditório, o que, no seu entendimento, impõe o cancelamento da autuação.

Ainda em preliminar, argui a impossibilidade da aplicação da Taxa SELIC, por violação ao princípio da legalidade, por entender que a exigência da SELIC como fator de correção monetária, não encontra qualquer respaldo jurídico, eis que, conforme disposto no art. 161, §1º, do Código Tributário Nacional "os juros são calculados à taxa de 1% (um por cento) ao mês", taxa essa que é o limite máximo para sua fixação, e não mero parâmetro para tanto, inclusive, estando este entendimento em consonância com o disposto no art. 192, § 3º da Constituição Federal.

Assim, aduz que deve ser anulado o Auto de Infração, e afastada a cobrança dos juros calculados pela Taxa SELIC, pela sua manifesta ilegalidade, ou seja, por contrariar o artigo 161 do Código Tributário Nacional e acarretar enriquecimento ilícito do Estado em prejuízo ao seu patrimônio.

No mérito, argüiu o seguinte:

a) Irretroatividade da norma tributária

Comenta que o princípio da irretroatividade, consubstanciado na proibição do efeito da surpresa no mundo dos tributos, dando ao contribuinte a segurança jurídica para manter seus investimentos e conhecimento das suas obrigações, à luz artigo 150, inciso II, alínea "a", da Constituição Federal, no qual, é vedado, expressamente, a cobrança tributária sobre eventos anteriores a vigência e validade da norma tributária.

Salienta que até julho de 2013, no Estado da Bahia, não havia qualquer obrigatoriedade para utilização de equipamentos TEF, onde cada venda é atrelada ao seu pagamento, comprovando a tal regularidade fiscal.

Diz que somente com o advento do parágrafo 8º, I, do Decreto nº 14.295/13, publicado no DOE em 01/02/13, que alterou o RICMS, foi instituída a obrigação para as empresas com faturamento superior a R\$ 3.600.000,00, a utilização do TEF a partir de primeiro de julho de 2013.

Frisa que fatos anteriores a esta data não poderão ser cobrados a exigência de vinculação de venda a forma de pagamento porque, até então, era permitido a venda mediante maquinetas de cartão. Aliás, diz que essa era a única forma de recebê-los.

Observa que nos demonstrativos exibidos em anexo, os faturamentos (vendas) realizadas pela defendant são superiores àqueles apontados pelas operadoras de cartão.

b) Da regularidade das operações tributadas

Alega que o fisco se valeu de informações que lhe foram prestadas por administradoras de cartões de créditos para excluir o ICMS supostamente devido, caracterizando que houve uma presunção de ocorrência de operações de vendas, como se o cálculo apurado a partir do confronto das informações passadas pelas operadoras com as informações constantes dos registros dos contribuintes permitisse a simples e pura conclusão pela ocorrência do fato gerador do *ICMS*.

Considerou equivocada essa conclusão, por entender que as informações foram prestadas sem o cumprimento dos requisitos pela legislação de regência, tendo em vista que o levantamento fiscal realizado não comprovou a ocorrência de uma venda e sequer de uma saída de mercadoria sem a respectiva emissão de nota fiscal, ou seja, de que não foi comprovada a materialidade das operações mercantis no mundo fenomênico, as quais fariam incidir a norma geral e abstrata do *ICMS*.

Pondera que a fiscalização restringiu-se, a reputar como venda de mercadorias as “diferenças” apuradas entre as informações das operadoras com aquelas constantes dos registros já mencionados, sem comprovar a efetiva circulação de mercadorias com transferência de titularidade, limitando-se a utilizar apenas dos dados transmitidos precariamente pelas operadoras, em confronto com os registros do recorrente, caracterizando a total ausência de provas de que as operações de saída presumidas pelo fisco efetivamente ocorreram.

Comenta sobre o princípio da tipicidade cerrada, e transcreve a jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo, para mostrar que a atividade da administração pública somente pode agir dentro da estrita legalidade.

Invocou o artigo 142 do Código Tributário Nacional que impõe ao Fisco, com exclusividade, provar aquilo que lançou, provar a ocorrência do fato gerador, ou da hipótese de incidência, ou do fato imponível, e, mais que isso, provar o seu dimensionamento, o seu valor, a sua mensuração para efeito da correlata e exata cobrança de tributo.

Observa que a autuação sobre PRESUNÇÃO é completamente desassociada do ordenamento jurídico vigente, e é frágil para alicerçar um lançamento tributário que impõe uma pesada obrigação ao contribuinte.

Ressalta que documentação apresentada em anexo, possui faturamento mensal bem superior àquele apresentado pela operadora de cartão de crédito, sendo o cartão de crédito ou débito, uma das inúmeras formas de recebimento admitidas pela empresa.

Diz que a Decisão de piso entende que a comprovação de que os valores de venda de mercadorias são maiores do que os apontados pelas operadoras de cartão deve ser dar de maneira analítica. Nesta senda, afirma juntar no presente Recurso “*planilha apontando os registros das operações realizadas cuia cartão de crédito/débito e a comprovação de registro das mesmas. Junta-se, ainda, notas de cada operação realizada.*”

Aponta que são três as lojas de destinação, pois diz ser comum “*que seja realizado o faturamento pelos seus centros de distribuições, sendo a loja atendente apenas o “showroom” dos produtos que dispõe a vender*”.

Com juntada da sua planilha e documentação em anexo, justificando as operações realizadas com pagamentos parte em cartão de crédito, ou em cartão de débito ou em dinheiro, conforme corriqueiramente ocorrem na região onde atua, diz que comprova ter cumprido a obrigação tributária, tanto principal quanto acessória, com o registro das vendas em cartão de crédito/débito, inclusive com o pagamento do imposto devido.

Assim, alega que a presunção aventada e comprovadamente frágil para sustentar a autuação.

Em sequência, transcreve o disposto no artigo 5º, incisos X e XII, da Constituição Federal, para arguir que, no presente caso o seu sigilo bancário foi violado pelo [erário paulista], procedimento este que diz afrontar a Constituição Federal. Transcreveu a ementa do Recurso Extraordinário nº

389.808/2011, do Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a inconstitucionalidade da quebra do sigilo sem ordem do Poder Judiciário. Citou, ainda, que este é o posicionamento do Tribunal Regional Federal da Terceira Região.

Pelo acima exposto, sustenta restar clara a inconstitucionalidade do procedimento fiscal, ao quebrar o sigilo bancário sem ordem judicial, conforme já declarado pelo Supremo Tribunal Federal.

Além disso, argumenta que o procedimento fiscal também se revela em dissonância com o disposto no artigo 6º da Lei Complementar Federal n.º 105/2001, que disciplina o sigilo das operações de instituições financeiras, pois a SEFAZ/BA deveria ter instaurado regular procedimento administrativo para legitimar a requisição das informações às administradoras, o que não aconteceu no caso em tela, sequer em tese.

Ressalta que, para o fornecimento de informações é indispensável que a fiscalização, após o exame dos livros de apuração de ICMS, de registro de entrada e de saídas de mercadorias, do exame das notas fiscais de entrada, de saída, confrontando com os estoques inicial e final não chegue a uma conclusão da regularidade da empresa fiscalizada.

Assim, entende que para dirimir esta dúvida, a fiscalização poderia, através de uma Decisão motivada, oficiar as empresas de cartão de crédito, hipótese que diz está apenas demonstrando como o Fisco deveria agir, sem entrar no mérito da inconstitucionalidade de tal requisição administrativa, sem passar pelo crivo da autoridade judicial competente.

Argumenta que a fiscalização após notificar a empresa a informar seus estoques, seus créditos etc, tudo levando a crer que seria realizado um levantamento específico, simplesmente desprezou todas as informações prestadas pela empresa e optou, por comodidade, a presumir pela sonegação, adotando como fundamento as informações obtidas, de forma ilegal, junto às operadoras de cartão de crédito, procedimento que considerou ilegal.

Ou seja, sustenta que os dados apresentados pelas administradoras de cartões de débito e/ou crédito, na forma como foram colhidos, não servem como prova juridicamente admissível, eis que obtidos ao arrepio com a Lei Complementar n.º 105/2001, e da própria Constituição Federal, o que torna todo o procedimento de lançamento absolutamente nulo.

Retornando a questão da quebra do sigilo bancário, informou que em recente Decisão, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a ilegalidade da quebra do sigilo bancário do contribuinte, por ausência de cumprimento da legislação de regência ((*EDcl no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N° 285.894 - SP (2013/0012590-6; Data da Decisão: 03 de maio de 2013; Relator MINISTRO HERMAN BENJAMIN*).

Assevera que, caso o lançamento, assentado na ilegal e inconstitucional presunção baseada nas informações sigilosas prestadas indevidamente pelas operadoras de cartão de crédito seja mantida, o que diz se admitir apenas a título de argumentação, ainda assim não poderá ser mantido, nos exatos termos como originariamente constituído, vez que a fiscalização não considerou os créditos de ICMS relativos às entradas das mercadorias nos estoques do recorrente, que são devidos e assegurados face ao princípio da não-cumulatividade, e, também, não considerou os pagamentos feitos pelo recorrente a título de ICMS nos períodos objetivados.

Comenta ainda que a mercadoria foi vendida e devidamente registrada, subsumindo-se, perfeitamente, o fenômeno da não-cumulatividade, crédito na entrada e débito na saída. E que, em caso de parcelamento desta venda, como visto no exemplo hipotético demonstrado acima, o valor relativo ao ICMS foi totalmente pago no momento da efetivação da venda.

Assim, afirma que o ICMS foi devidamente recolhido em todas as vendas realizadas pelo estabelecimento, e ressalta que, admitindo-se, ao contrário, o que se cogita apenas por amor ao debate, deveria, ao menos, ser compensado o valor de entrada daquela mercadoria que o agente autuante afirma ter saído do estabelecimento da defendant sem seu respectivo documento fiscal.

Desta forma, espera o cancelamento do Auto de Infração, pois fundado em meras presunções ou, quando menos, que seja garantido o princípio da não-cumulatividade, abatendo o crédito na

entrada dos produtos supostamente e presumidamente vendidos.

Por derradeiro, considerou que a multa aplicada no presente caso, pela sua desproporção à norma primária dispositiva, é exorbitante face à conduta supostamente praticada pelo recorrente, o que constitui verdadeiro enriquecimento ilícito.

Ao final, requer:

01 – em sede de preliminar, seja anulado o lançamento fiscal pela incompleta capitulação legal da multa aplicada, bem como por conter em seu bojo a inconstitucional aplicação da taxa Selic;

02 – quanto ao mérito que seja afastado do lançamento tributário todos os períodos anteriores a julho de 2013, em atenção ao princípio da irretroatividade; que, seja cancelado todo Auto de Infração, eis que fundado em meras presunções sem qualquer comprovação, ainda mais diante do fato de que o faturamento da defendanté é superior aquele apontado pela administradora do cartão; que seja anulado as informações trazidas pelas operadoras de cartão de crédito, visto que estamos diante de quebra de sigilo; que seja afastada a multa aplicada ou quando menos, reduzida.

Não houve manifestação da PGE PROFIS, em virtude do valor de alçada.

VOTO

Temos sob apreciação Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 5^a JJF que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lançado pela suposta omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito ou débito.

O Recorrente argui a nulidade do Auto de Infração por falta de capitulação legal da multa aplicada e inconstitucionalidade pela aplicação da taxa SELIC, bem como, a quebra de sigilo bancário.

No mérito, alega que houve cumpriu com as suas obrigações tributárias, além de pedir afastamento do lançamento dos períodos anteriores a julho de 2013, em atenção ao princípio a irretroatividade, além do afastamento ou redução da multa aplicada.

Da análise dos autos, entendo que reparo algum merece a Decisão de piso.

No que tange as questões de nulidade, entendo que todos os requisitos previstos nos artigos 18 e 39 do RPAF/99 foram preenchidos. Compulsando os fólios processuais, percebo que a imputação está clara, a base de cálculo foi determinada conforme o valor previsto em lei, foram fornecidos os demonstrativos de débito referentes à autuação em discussão e foram respeitados todos os direitos e garantias do contribuinte, como a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal administrativo.

Como bem apontado na Decisão de piso, o artigo 19 do RPAF/99 expressamente determina que a “*indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal estabelecido no lançamento*”.

Assim, afasto as alegações de nulidade por este motivo.

Quanto às alegações de inconstitucionalidade dos atos normativos ou leis estaduais, cabe consignar que este órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual, assim como não lhe cabe competência para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o art. 167, I do RPAF/BA.

Por seu turno, igualmente deve ser repelida a tese quanto a não aplicação da taxa SELIC, visto que a atualização dos débitos tributários pela referida taxa está prevista no art. 102, § 2º, II, e 138-B da Lei nº 3.956/81 (COTEB), conforme abaixo de demonstra:

Art. 138-B. Os acréscimos moratórios, incidentes a partir de janeiro de 2001, serão calculados segundo os seguintes critérios (Lei nº 7753/00):

I - sobre os débitos denunciados espontaneamente, incidirão apenas acréscimos moratórios equivalentes a 0,11% (onze centésimos por cento) ao dia, limitados a 10% (dez por cento), mais a taxa referencial do

Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC) para títulos federais, acumulada mensalmente até o último dia do mês anterior ao do pagamento, e 1% (um por cento) relativo ao mês em que o pagamento estiver sendo efetuado;

II - sobre os débitos reclamados em lançamento de ofício, a partir de 30 (trinta) dias de atraso, incidirão acréscimos equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC) para títulos federais, acumulada mensalmente até o último dia do mês anterior ao do pagamento, e 1% (um por cento) relativo ao mês em que o pagamento estiver sendo efetuado.

Parágrafo único. A partir de 1º de janeiro de 2006, também incidirão acréscimos moratórios sobre os débitos reclamados em lançamento de ofício decorrentes do descumprimento de obrigação tributária acessória, na forma prevista no inciso II deste artigo.

Assim, diante das argumentações supra, afasto as nulidades suscitadas.

Passo ao exame do mérito.

Em síntese, o contribuinte alega a) a não obrigatoriedade da utilização de equipamentos TEF até julho de 2013; b) a regularidade das operações tributadas e falta de prova da ocorrência do fato gerador do ICMS; c) houve violação do sigilo bancário e que os dados recolhidos não servem como prova juridicamente admissível; d) que a multa aplicada é exorbitante e confiscatória

Quanto a não obrigatoriedade do uso do equipamento ECF, e não TEF como disse o Contribuinte, está regulamentado no artigo 202 do RICMS/BA-2012, da seguinte forma:

Art. 202. O contribuinte fica obrigado a utilizar equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) no estabelecimento em que ocorrer vendas a varejo de mercadorias ou prestações de serviços a não contribuintes do ICMS.

(...)

§ 8º A emissão do comprovante de pagamento de operação ou prestação efetuado com cartão de crédito, com cartão de débito automático em conta corrente ou outro meio de pagamento semelhante somente poderá ser feita por meio de ECF, devendo o comprovante estar vinculado ao documento fiscal emitido na operação ou prestação respectiva, observados os seguintes prazos:

I - a partir de 1º de julho de 2013, os contribuintes com receita bruta no ano de 2012 igual ou superior a R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais);

Realmente, a obrigação do uso de Emissor de Cupom Fiscal em estabelecimento com faturamento igual à superior a R\$ 3.600.000,00 em vendas por meio de Emissor de Comprovante Fiscal, com vinculação ao documento fiscal emitido na operação só passou a válida a partir de 1º de julho de 2013.

Contudo, tal norma não desobrigava o contribuinte em declarar as vendas realizadas por meio de outros documentos fiscais, como notas fiscais série D-1. Nesta senda, andaram bem os julgadores em afirmar que “*para ser elidida de modo válido a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, o autuado deveria ter feito o cotejamento entre o que consta nos “Relatório de Informações TEF – Diário”, com os valores correspondentes às vendas constantes no ECF e/ou nas notas fiscais emitidas, de modo a comprovar que os valores informados pelas operadoras efetivamente foram lançados em sua escrita fiscal, haja vista que nos citados TEF’s diários estão especificadas as vendas diárias, por operações, dos meses objeto do levantamento fiscal, feitas através de cartões de crédito e débito, relativamente a cada instituição ou administradora de cartão, separadamente*”.

Deste modo, como alegou que não possuía ECF, deveria o contribuinte trazer as notas fiscais emitidas para acobertar as operações realizadas com cartão de crédito e débito apontadas pelas operadoras e administradoras de cartão.

Na mesma toada, não se verifica a alegação de que houve a regularidade das operações tributadas. Ora, se foram regulares, o contribuinte possuiria os documentos fiscais acobertando tais transações. Consequentemente, deveria ele trazer os documentos comprobatórios de suas teses recusais para elidir as presunção erigida contra si, com base no artigo 4º, §4º da Lei 7.014/96, que abaixo segue transcrita, *in litteris*:

Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

(...)

§ 4º Salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar:

(...)

VI - valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte inferiores aos informados por:

- a) instituições financeiras;
- b) administradoras de cartões de crédito ou débito;
- c) “shopping centers”, centro comercial ou empreendimento semelhante;

VII - valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte como sendo recebidos por meio de cartão de crédito ou débito inferiores aos informados pelas respectivas administradoras.

Diante desse quadro normativo, aplicado ao presente contexto fático, foi presumida a omissão de vendas realizadas por meio de cartão de crédito ou débito, em cotejo com as operações registradas pelas administradoras de cartões.

Desta forma, também resta afastada a alegação de que “os dados recolhidos não servem como prova da ocorrência do fato gerador do ICMS” eis que, a Lei nº 7.014/96, os reputam suficientes para considerar ocorrido o fato gerador do ICMS.

Por fim, quanto a alegação de constitucionalidade da suposta quebra de sigilo fiscal, aponto novamente que não tem competência este órgão para debater sobre o tema, neste enfoque. Entretanto, aponto que a Lei nº 7.014/96, em seu artigo 35-A, determina a obrigatoriedade das operadoras de cartão em informar o Fisco estadual os valores referentes a cada operação realizada por contribuinte do imposto, conforme se segue, *verbo ad verbum*:

Art. 35-A. 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.

Por fim, quanto aos documentos apresentados em sede recursal, entendo que tais demonstrativos administrativos não são suficientes para elidir o cometimento da exação, uma vez que não comprovam o correto lançamento das operações apontadas pela fiscalização na escrita fiscal.

Assim, diante dos argumentos acima alinhavados, entendo que a infração 1 é subsistente.

Pelo todo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo inalterada a Decisão de piso.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 o Auto de Infração nº 269198.0116/14-0, lavrado contra CASA COSTA MÓVEIS LTDA. (CASA COSTA), devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$8.178,10, 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, 14 de maio de 2015.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATOR

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