

A. I. Nº - 232115.0020/15-8
AUTUADO - SOL E TON MODA SURF LTDA. (TRIBUS) - EPP
ATUANTE - FIRNALVON MIRANDA GUSMÃO
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 04/01/2017

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0235-01/16

EMENTA: ICMS. CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA E INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. 1. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. Autuado não apresentou documentos fiscais em valor e data coincidentes com os da relação das operações realizadas por meio de cartão, informadas pelas administradoras. Presunção não afastada em razão da não vinculação de documentos fiscais emitidos com os valores informados pela administradora de cartão. Infração 1 subsistente. 2. RECOLHIMENTO A MENOR. Refazimento do faturamento da empresa autuada em decorrência da omissão de saídas levantadas na infração 1 conduziu ao recálculo das alíquotas aplicáveis sobre o faturamento em cada período de apuração. Infração 2 subsistente. Não acatada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O auto de infração em lide, lavrado em 24/08/2015, formaliza a exigência de crédito tributário no valor de R\$94.997,17, em decorrência das seguintes infrações imputadas ao autuado:

INFRAÇÃO 1 (17.03.16): omissão de saídas de mercadorias tributadas, presumida por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito ou débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, ocorrido nos meses de janeiro de 2012 a dezembro de 2014, acrescido de multa de 75%, prevista no inciso I do art. 44 da Lei Federal nº 9.430/96.

INFRAÇÃO 2 (17.02.01): efetuou recolhimento a menor de ICMS declarado referente ao Simples Nacional, implicando em não recolhimento da parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou de alíquota aplicada a menor, ocorrido nos meses de janeiro de 2012 a dezembro de 2014, acrescido de multa de 75%, prevista no inciso I do art. 44 da Lei Federal nº 9.430/96.

O autuado apresentou defesa das fls. 45 a 73, demonstrando, inicialmente, a sua tempestividade.

O autuado explica que no anexo 01, foram cotejados os valores informados pelas instituições financeiras comparando-as com as reduções “Z” e Notas Fiscais emitidas. Na comparação, considerou os dados referentes às reduções “Z” como se zerados estivessem, apontado campo de “*venda com cartão sem emissão de Doc Fiscais*”, importando em suposta omissão sem substituição tributária, conforme valores ali indicados.

Diz que no Anexo 2, o atuante desconsiderou as reduções “Z” como se zeradas estivessem, pontuando para Notas Fiscais emitidas, comparando-as com a Receita Total Declarada em Programa Gerador do DAS. Ao identificar, somou-os com os valores informados pelas operadoras de cartão de crédito e débito como se não estivessem incluídos na Receita Bruta informada pelo Contribuinte.

Informa que o Anexo 3 traz informações relativas à suposta omissão, permanecendo no erro inicialmente identificado, quando, ao invés de pontuar diferença do que foi declarado pelo

contribuinte com o que foi informado pelas instituições financeiras, somou os referidos valores, encontrando grandeza que não reflete com exatidão a sua receita bruta.

Por isso, o autuado entende que é flagrante que o presente Auto de Infração não contém elementos suficientes para identificar com segurança a infração e o infrator, bem como, carece de sustentação no plano legal.

O autuado ressalta que o sigilo bancário, direito Fundamental de primeira dimensão, está previsto nos incisos X e XII do texto Constitucional, e como tal, deve ter tratamento peculiar dos Poderes da União, sob pena de ferir o Estado Democrático de Direito. Diz que não há legitimidade Constitucional quando o Poder Executivo promove a quebra do sigilo bancário sem a participação conjunta do Poder Judiciário.

Alerta que as informações transmitidas e fornecidas pelas Operadoras de Cartão de Crédito e Débito sendo, por definição legal, informações financeiras, deverão estar inseridas no rol de informações protegidas pelo sigilo bancário, até porque, as instituições que a fornecem, também, por definição legal, são instituições financeiras, nos termos da Lei Complementar nº 105/2001, logo, sujeitas aos limites constitucionais supramencionados. Entende que a lei não pode relativizar direito fundamental franqueando à Fiscalização Fazendária o direito unilateral de requisitar informações financeiras sem a devida autorização judicial. Apresenta julgados do STF nesse sentido.

Acrescenta que a Lei Complementar nº 105/2001 pressupõe, para fins de exame de registros de instituições financeiras, o atendimento em regime de concomitância aos seguintes requisitos:

1. Existência de processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso;
2. Tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Destaca que o presente lançamento tributário é incompatível com o resultado hermenêutico do supramencionado dispositivo legal, já que, se não bastasse as inconstitucionalidades apontadas:

1. Na espécie, antes mesmo da intimação para início da ação fiscal, o preposto fiscal já possuía tais informações financeiras, teoricamente requisitadas à revelia do artigo 6º da Lei Complementar nº 105/2001, isto é, ainda não existia procedimento fiscal em curso;
2. A intimação direcionada à contribuinte, conforme se extrai dos autos do PAF em anexo, comprovam esta alegação, até porque o roteiro de fiscalização utilizado já prevê o uso de tais informações independentemente de sua indispensabilidade;
3. O preposto fiscal deveria, inicialmente, ter intimado o Contribuinte a apresentar, voluntariamente, documentos fiscais que permitissem a utilização de outros roteiros de auditoria, para fins de comprovar a indispensabilidade da prova mediante quebra do sigilo bancário;
4. Somente com a negativa da apresentação de documentos e também comprovada a indispensabilidade da utilização de informações sujeitas ao sigilo bancário é que o fiscal autuante deveria ter solicitado, com fundamento no artigo 6º da Lei Complementar nº 105/2001, informações financeiras do autuado.

Lembra que o artigo 6º da Lei Complementar nº 105/2001 dispõe que *“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”*.

Além dos supostos vícios apontados, o autuado conclui que resta evidente que os extratos fiscais enviados por mídia magnética ao contribuinte e utilizados como fundamento à lavratura do auto de infração não possuem subscrição válida, ou seja, não há nos autos informação que comprove a origem e a autenticidade dos documentos/extratos utilizados na apuração do valor devido.

Alerta que não existe prova no PAF quanto à existência de requisição de informações financeiras sobre o contribuinte e que os relatórios apontados possuem a logo da SEFAZ/BA., algo totalmente estranho às informações que teoricamente partiriam das operadoras de cartão de crédito/débito,

sem falar na ausência de subscrição ou certificação digital que validasse as informações constantes nos mencionados documentos.

O autuado considera um absurdo o documento utilizado na feitura do Auto de Infração, o que é inadmissível na teoria das provas. Os Relatórios TEF não contém subscrição o que vicia a autenticidade dos documentos, contrariando pressupostos de existência e validade da prova documental utilizada como elemento essencial ao Lançamento de Ofício.

Reclama que o autuante não cotejou os valores da redução Z para fins de identificação das operações e do total diário. Diz que as operações do dia a dia podem conter certas inconsistências quanto ao tipo de pagamento, jamais em relação ao fato gerador do ICMS, que se dará em qualquer situação, seja mediante venda à crédito, débito ou dinheiro.

Ressalta que é plenamente possível que, ao registrar a venda, não tenham sido transferidas as informações relativas ao meio de pagamento. Todavia, o cotejamento de cada operação, uma a uma, da fita detalhe de todos os equipamentos ECF utilizados poderá evidenciar a natureza de todas as operações realizadas pelo estabelecimento.

O autuado argumenta que se o caso vertente envolve omissão de saída, a utilização de presunção em detrimento da verdade material pressupõe o esgotamento de todos os outros meios aptos à persecução fática das operações sujeitas à incidência do ICMS. Assim, é possível a identificação e elidir a presunção do parágrafo 4º do artigo 4º da Lei nº 7014/1996, sem que isso prejudique ou inviabilize a fiscalização estadual, examinando o valor de cada operação, a partir das informações da TEF diária x Reduções Z, a data, valor e o horário que se deu o pagamento.

Entende que a não apresentação das reduções Z e papeis de trabalho relevantes à identificação precisa dos elementos formadores da base de cálculo violentam o princípio do devido processo legal e da garantia de ampla defesa.

Assim, requer que os atos praticados com preterição do direito de defesa sejam declarados nulos, nos termos do inciso I do artigo 18 do RPAF/BA.

No mérito, em relação à infração 1, o autuado argumenta que, de acordo com Lei Complementar nº 123/2006, a identificação do imposto devido está condicionada ao cálculo da receita bruta, que servirá de base de cálculo para fins de arrecadação, na forma proposta pela referida lei, conforme parágrafo primeiro do artigo 18, submetendo-a a uma das alíquotas constantes do Anexo 1, tabela “comércio”, de acordo com a sua receita bruta acumulada para os 12 últimos meses imediatamente anteriores.

Diz que sua receita bruta é identificada sobretudo a partir de suas Reduções Z que foram apresentadas tempestivamente ao autuante.

O autuado explica que, muito embora o autuante não tenha sido específico quanto qual das hipóteses previstas no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96 foram empenhadas na lavratura do Auto de Infração, o que, desde já, merece registro para fins de constatação de cerceamento do direito de defesa, irá elidir a autuação de modo a evidenciar a inviabilidade de utilização de qualquer uma das hipóteses de presunção admitida pela lei estadual para o caso em apreço.

Afirma que o cálculo do imposto na forma do Simples Nacional pressupõe a identificação da receita bruta, isto é, o produto da venda de bens comercializados pelo autuado, em todos os estabelecimento, seja matriz ou filial.

Pondera que um estabelecimento comercial fará diversas vendas, algumas em dinheiro, outras em débito, importando, para que não haja omissão de receita, que todas essas vendas sejam informadas, mediante declaração própria desse somatório que se obtém, por exemplo, através das reduções Z.

Como exemplo, diz que em Janeiro de 2012, apresentou declaração por meio da PGDAS-D, no valor global de R\$34.323,90, compreendendo todas as vendas apuradas por redução Z, o que engloba vendas em dinheiro, cartão de crédito, débito etc. Nesse mesmo período, as operadoras de cartão de crédito/débito, segundo apresentado pelo preposto Fazendário, informou que houve

um total de R\$13.535,48 em vendas apenas em crédito e/ou débito e que apenas parte delas estaria justificada mediante emissão de Nota.

O autuado informa que todas as informações necessárias à identificação das operações podem ser visualizadas mediante cotejamento das Reduções Z, que não foram apresentadas ao contribuinte junto aos papéis de trabalho, o que fere de morte princípios balizados pelo RPAF/BA.

Ressalta que todas as informações prestadas são em valores superiores àqueles apresentados pelas instituições financeiras, reunindo não só as vendas em débito/crédito como toda e qualquer venda realizada em seu estabelecimento.

Lamenta que o autuante somou os valores informados pelas administradoras de cartão de crédito/débito com aqueles por ele declarados, como se a receita bruta fosse o somatório do que foi declarado com o que foi informado pelas administradoras de cartão de crédito/débito.

Entende que, se há dúvida em relação ao montante da receita auferida, especialmente à venda por meio de débito e/ou crédito, o autuante deveria identificar operação por operação a fim de comprovar valores que poderiam estar registrados como venda em dinheiro, mas na verdade se trata de venda à débito.

O autuado complementa que, em virtude da insubsistência da Infração 1, carece de sustentação a Infração 2, notadamente porque não houve a omissão de saída. Diante do exposto, requer que o Auto de Infração seja julgado totalmente Improcedente ou que seja determinada a remessa dos autos à INFAZ de origem a fim de que proceda diligência necessária à identificação precisa das operações, através da identificação diária operação por operação, comparando a data, horário e valor.

O autuante prestou informação fiscal das fls. 91 a 99, afirmando que não houve desconsideração das Reduções "Z" na elaboração dos trabalhos de fiscalização. Esclarece que na Coluna A, do Anexo 1, do Sistema de Auditoria Digital - AUDIG, estão presentes os valores das vendas realizadas pela empresa, que são informadas pelas Administradoras de Cartão de Crédito/Débito, e que estão no banco de dados da SEFAZ.

Apresenta documento à fl. 101 que comprova que o autuado iniciou o uso do Equipamento de Controle Fiscal - ECF em 16/08/2013. Logo, no ano de 2012 não havia Redução "Z" ou outro arquivo que o valha, a ser cotejado com as Informação das Administradoras de Cartão de Crédito/Débito.

O autuante acrescenta que foi solicitado o Arquivo Binário da Memória da Fita Detalhe - MFD, no formato TXT (de todos os ECF's), do período 2012 a 2014, os quais foram apresentados à fiscalização. Informa que a Memória da Fita Detalhe - MFD substitui com largueza a utilização de comparativo com a Redução "Z". Esta apresenta o tipo de venda realizada: se com Cartão de Crédito/Débito; se em dinheiro ou outra forma de pagamento. Aquela, de modo mais amplo e analítico apresenta os dados do ECF, a lista de Cupons Fiscais por data, o espelho dos Cupons emitidos, Total por Tipo de Tributação, Formas de Pagamento e contém os mesmos elementos da Redução "Z". Enfim, conclui que a MFD é um modelo de arquivo mais completo que a Redução "Z".

O autuante complementa que na Coluna B, do mesmo Anexo 1/AUDIG, não consta nenhum valor da Redução Z, e na Coluna C, os valores expressos referem-se àqueles que encontram seus pares nas comandas de Cartão de Crédito/Débito. Estes foram considerados no processo de fiscalização. Assim, conclui que não houve subtração ou desconsideração das Reduções "Z", mas, o que se requer no Auto de Infração são as provas documentais que lastreiem as vendas com Cartão de Crédito/Débito.

O autuante diz que procedeu o confronto dos dados oferecidos pelas Administradoras de Cartão de Crédito/Débito e aqueles prestados pelo Contribuinte, em PGDAS/DASN, à Secretaria da Fazenda Estadual e à Receita Federal do Brasil.

Informa que nos relatórios de fiscalização não aparecem os logos das Administradoras de Cartão porque aqueles valores constam da base de dados da Secretaria da Fazenda da Bahia e dali são

"importados" para o Sistema de Fiscalização de Auditoria Digital - AUDIG. Por isso os tais relatórios trazem apenas o logo da SEFAZ/BA. Diz que o autuado tem acesso aos valores informados pelas Administradoras de Cartão de Crédito/Débito e não apresentou qualquer outro relatório que representasse as operações realizadas por meio de cartão.

O autuante conclui que a defesa do autuado está eivada de argumentos evasivos e meramente protelatórios e têm como propósito o esquivar-se do recolhimento do imposto exigido. Requer a procedência do auto de infração.

No dia 24/05/2016, a 2ª Junta de Julgamento Fiscal deliberou pelo envio deste processo em diligência para que o autuado apresentasse planilha associando o valor do documento fiscal emitido com o valor informado pela administradora de cartão nas respectivas datas, anexando cópia dos documentos fiscais referidos na planilha (fl. 108).

Após intimado e transcorrido o prazo de 60 dias, o autuado não apresentou qualquer manifestação em atendimento à diligência solicitada, conforme documento à fl. 123.

VOTO

A apuração do imposto devido na infração 1 decorreu da diferença encontrada nos anos de 2012 a 2014 entre os totais mensais de vendas ocorridas mediante pagamento com cartão, cujas informações foram prestadas pelas administradoras, e os totais encontrados nas vendas declaradas pelo autuado em cupons fiscais e notas fiscais como tendo ocorrida por meio de cartão de crédito ou débito. Na infração 2, foi recalculado o imposto devido em razão da alteração da alíquota aplicável sobre o faturamento já que foi somado ao faturamento declarado pelo autuado o valor encontrado como omissão de saídas na infração 1 nos anos de 2012 a 2014.

Não acato o pedido de nulidade da infração 1 sob a argumentação de quebra de sigilo fiscal, direito previsto nos incisos X e XII do texto Constitucional. já que o autuado entendia que as informações não poderiam ser obtidas das instituições financeiras antes de iniciado o processo administrativo. A prestação das informações obedece ao disposto no art. 35-A da Lei nº 7.014/96 que exige a entrega das informações e remete ao regulamento a definição do prazo e da forma de sua apresentação. A Portaria nº 124/2006 estabeleceu que as administradoras de cartão de crédito deveriam entregar à SEFAZ até o décimo quinto dia de cada mês, arquivos eletrônicos contendo as informações relativas a todas as operações de crédito e de débito efetuadas no mês anterior por contribuintes do ICMS deste Estado. Ademais, o art. 167 do RPAF estabelece que não se incluem na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual.

De acordo com o § 3º do art. 1º da Portaria 124/06, as informações das administradoras de cartão deverão ser entregues validados pelo programa Validador TEF e transmitidos, via Internet, com uso do Programa de Transmissão Eletrônica de Documentos (TED), disponíveis no endereço eletrônico www.sintegra.gov.br do Sistema Integrado de Informações (SINTEGRA). Portanto, estas informações são prestadas por meio de programas que atestam a validade e autenticidade da sua origem. O autuado tem acesso às informações diretamente com as administradoras de cartão. O questionamento da autenticidade da documentação apresentada se revela inócua se não vem acompanhada dos relatórios que reconheça como autênticos.

O método utilizado pelo autuante para apuração do imposto devido na infração 1 está baseado em hipótese legal de presunção, contida no inciso VII do § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, conforme texto da descrição da infração, que autorizava a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto quando a escrituração indicasse a ocorrência de vendas declaradas pelo contribuinte como sendo recebidos por meio de cartão de crédito ou débito inferiores aos informados pelas respectivas administradoras. Portanto, não procede a reclamação do autuado de falta de compreensão de qual dos incisos do § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96 o autuante balizou a presunção aplicada.

As informações prestadas pelas administradoras de cartões, referentes aos valores de cada operação realizada de 2012 a 2014, constam no processo em CD à fl. 40, junto a documento que

comprova o recebimento pelo autuado, em arquivo denominado “anexo 7”, na pasta relativa ao anexo de cada ano. Portanto, não subsiste a alegação de cerceamento de defesa pois os relatórios apresentados pelas administradoras de cartão foram entregues ao autuado com concessão de prazo para apresentação do contraditório.

Diante da argumentação da defesa de que não houve cotejamento dos valores dos documentos emitidos com os valores informados pelas administradoras de cartão, o processo foi remetido em diligência para que o autuado fornecesse planilha associando o valor do documento fiscal emitido com o valor informado pela administradora em cada operação. Entretanto, apesar de regularmente intimado, não se manifestou.

No anexo 7, existente em cada pasta relativa ao ano da fiscalização, conforme CD à fl. 40, o autuante indica todos os valores dos documentos fiscais emitidos pelo autuado que continham a indicação do meio de pagamento como sendo em cartão e que foram abatidos do total informado pelas administradoras. Na busca pela verdade material e garantindo o amplo direito de defesa, foi dada a oportunidade ao autuado para que ele apresentasse outros documentos fiscais emitidos, cujos valores e datas de emissão coincidissem com os informados pelas administradoras.

O autuado não fez um levantamento individualizado que pudesse vincular o valor das vendas via cartão com os cupons fiscais emitidos. A acusação é de fato uma presunção prevista em lei, cabendo ao autuado apresentar esta vinculação para que se pudesse afastá-la, haja vista que o relatório da administradora de cartão informa as vendas via cartão por cada operação realizada. Vinculação esta que não foi efetivamente realizada pelo autuado.

A falta de apresentação de documentação capaz de afastar a presunção da ocorrência de vendas sem emissão de documentos fiscais, com base nas informações prestadas pelas administradoras de cartão, conduz à serena conclusão de que a infração 1 é procedente.

Em relação à infração 2, concluo que, diante da confirmação da procedência da infração 1, foi correta a ação fiscal em refazer o cálculo do faturamento da empresa visando a revisão do percentual da alíquota que deveria ter sido aplicado em cada período de apuração, em razão da acumulação do valor do faturamento nos doze meses imediatamente anteriores ao da apuração do imposto devido. Concluo pela procedência da infração 2.

Assim, voto pela PROCEDÊNCIA do auto de infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232115.0020/15-8**, lavrado contra **SOL E TON MODA SURF LTDA. (TRIBUS) - EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$94.997,17**, acrescido de multa de 75%, prevista nos arts. 34 e 34, da Lei Complementar nº 123/06, c/c art. 44, I, da Lei Federal nº 9.430/96, com redação dada pela Lei nº 11.488/07, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de dezembro de 2016.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

OLEGÁRIO MIGUEZ RODRIGUEZ – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR