

A. I. Nº - 272466.0044/17-2
AUTUADO - KISSIA DANIELLE CARDOSO VILASBOAS BARROS - ME
AUTUANTE - RENATO AGUIAR DE ASSIS
ORIGEM - INFRAZ GUANAMBI
PUBLICAÇÃO - INTERNET 04.06.2018

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0078-02/18

EMENTA: ICMS. VENDAS ATRAVÉS DE CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE O VALOR DAS VENDAS COM PAGAMENTO EM CARTÃO DE CRÉDITO/DÉBITO INFORMADO PELO CONTRIBUINTE E O VALOR FORNECIDO POR INSTITUIÇÃO FINANCEIRA E ADMINISTRADORA DE CARTÃO. A declaração de vendas feitas pelo sujeito passivo, por meio de cartões de crédito e/ou débito, em valores inferiores àquelas informadas pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autoriza a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto. Multa de 100% capitulada no art. 42, inciso III, alínea “f”, itens 2, da Lei nº 7.014/96. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Lavrado em 15/12/2017, o Auto de Infração em lide exige ICMS no valor de R\$104.157,62, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento da infração 05.08.01 (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 ou administradora de cartão de crédito) no período janeiro a dezembro de 2016. Enquadramento legal: Art. 4º, § 4º, inciso III, da Lei 7.014/96. Multa de 100%, tipificada no art. 42, III, da citada lei.

A Impugnação de fls. 23-30 alega que para autuar o contribuinte o Fisco obteve informações de forma ilegítima, pois sem prévia autorização judicial violou a garantia constitucional de intimidade e sigilo bancário sem antes instaurar processo administrativo e cumprir o dispositivo do artigo 142 do CTN, uma vez que afirma o lançamento estar baseado em indícios e ficções jurídicas.

Reproduz o art. 6º da LC 105/2001 (“Lei do Sigilo Fiscal”) e diz que o procedimento fiscal não atendeu à disciplina do art. 197, II do CTN, dispositivo que determina prévia intimação à operadora de cartões para obtenção de informações acerca da movimentação financeira do contribuinte.

Fala que o dispositivo legal no qual se enquadra a infração foi revogado e que o autuante efetuou seu trabalho apenas realizando consulta ao sistema de informações das operadoras de Cartão de crédito e débito, sem ter observando os pontos que, na sua exposição, resume-se: a) Venda sem acompanhamento de cupom ou nota fiscal no valor de R\$1.443.305,40, apontada pelo autuante; b) Considerando que no período da autuação: b.1) sua escrituração fiscal apresenta compras de R\$2.172.698,72; b.2) suas vendas foram de R\$1.855.812,50; b.3) valores informados pelo autuante foram R\$1.443.305,40; b.4) seu faturamento anual foi de R\$3.298.817,90, tendo em vista que existe estoque inicial e estoque final, os valores totais de venda apresentados para o período extrapolam qualquer percentual de lucro a ser aplicado por sua atividade, há de se concluir que nos valores

apresentados pela fiscalização e correspondente a vendas via cartão, “estão inseridos no valor de vendas apresentados pela empresa em sua escrituração fiscal, o que de fato não ocorreu foi o uso correto do TEF de forma que as vendas com cupom fiscal/nota fiscal correspondesse as vendas realizadas com cartão de crédito /débito, isso não significa que a empresa omitiu essas vendas, sendo assim não há recolhimento de ICMS a ser feito sobre a diferença supostamente levantada pelo autuante”.

Alegando dificuldades típicas no âmbito de sua atuação comercial, protesta quanto à multa sugerida por entendê-la excessiva e injusta contra o contribuinte, ferindo os limites da razoabilidade contra uma microempresa com faturamento mensal menor que o valor do AI, razão pela qual pede a sua redução ou cancelamento e conclui pela improcedência total ou parcial da exação fiscal.

A Informação Fiscal (fls. 36-37-verso), diz que o procedimento fiscal não violou os princípios da ampla defesa e do contraditório e que, após a edição da LC 105/2001 e a jurisprudência a respeito, a tese de suposta quebra de sigilo bancário não pode prosperar, pois a transferência do sigilo da órbita bancária para a fiscal não implica em quebra do sigilo.

Aduz que o procedimento fiscal cumpriu todos os requisitos legais: emissão de OS; Mandado de Fiscalização; Existência de sistemas eletrônicos de segurança certificados e com seu registro de acesso, bem como o estabelecimento de instrumentos efetivos de apuração e correção de desvios.

Afirma não haver reparos a fazer quanto ao mérito do AI, pois todos os papéis de trabalho constam do CD de fl. 15 e o demonstrativo “Z” (TEF X ECF-MFD) é autoexplicativo; a ação fiscal fundamenta-se nas mídias fornecidas pelas Administradoras de Cartões e na leitura da memoria de Fita Detalhe das ECFs apresentadas pela empresa, comparando-se os valores fornecidos pela instituição financeira e/ou administradora de cartões com as saídas declaradas pelo contribuinte com vendas realizadas com cartão de crédito e/ou débito, gerando a presunção legal de omissão de saída de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto devido, em função de ter registrado vendas em valor inferior ao informado por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito.

Acrescenta que se a autuada cumprisse a obrigação de acoplar os TEFs aos emissores de cupom fiscal (ECFs), não haveria divergência a apurar e, isso não fazendo, assumiu o risco da operação.

Reproduzindo ementa do CONSEF sobre o tema, fala que as alegações defensivas não elidem a presunção acusada, visto que tendo recebido cópia do levantamento fiscal e dos TEFs diários, nele não apontou inconsistência, de modo que as alegações defensivas situam-se no “terreno das assertivas” sem aportar prova que elida a presunção de certeza e liquidez de que goza a ação fiscal.

Lembrando o brocado jurídico *“allegare sine probare et non allegare paria sunt”* (alegar e não provar é o mesmo que não alegar), ratifica a ação fiscal e pede a procedência do Auto de Infração.

VOTO

Conforme relatado, o lançamento de ofício processado exige ICMS sob a presunção legal de 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.

Examinando os autos constato que o PAF está consoante com o RICMS-BA e com o RPAF-BA/99, pois o lançamento tributário resta pleno dos essenciais pressupostos formais e materiais e os fatos geradores do crédito tributário constam claramente demonstrados nos autos.

Assim, considerando que: a) conforme recibo de fls. 02, 03, 04, 13, 14 e 15, cópia do Auto de Infração e dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto foram entregues ao contribuinte; b) na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto nos artigos 15, 19, 26, 28, 38, 39 (em especial quanto ao inciso III e § 1º), 41, 42, 44, 45 e 46, do RPAF; c) o processo se conforma nos artigos 12, 16, 22, 108, 109 e 110 do mesmo regulamento; d) a infração está claramente descrita, corretamente tipificada e têm suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais (fls. 04, 13-14 e CD de fl. 15); e) a infração está determinada com segurança, bem como identificado o infrator, constato não haver vício a macular o PAF em análise.

Sem apontar inconsistência no levantamento fiscal, o Impugnante alega: a) ilegalidade do procedimento fiscal por fundar-se em informações fiscais obtidas de forma ilegítima por implicar em quebra de sigilo bancário sem autorização judicial prévia; b) revogação do dispositivo legal de enquadramento da infração acusada; c) uso incorreto do TEF de forma que as vendas com cupom/nota fiscal correspondesse às vendas realizadas com cartão de crédito/debito, sem que isso tenha implicado em omissão de vendas passível de recolhimento de imposto; d) redução ou cancelamento da multa sugerida por considerá-la excessiva.

A presunção legal em que se funda a exação fiscal que, por ser relativa, pode ser elidida pelo sujeito passivo, é assim prevista na Lei nº 7.014/97:

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

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;

...

§ 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) revogada;

Nota: A alínea "b" do inciso VI do § 4º do art. 4º foi revogada pela Lei nº 13.816, de 21/12/17, DOE de 22/12/17, efeitos a partir de 22/12/17. Redação original, efeitos até 21/12/17: "b) administradoras de cartões de crédito ou débito;"

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

Pois bem, conforme o art. 34, VI-A da Lei 7.014/96, entre as obrigações do contribuinte está a de emitir o correspondente documento fiscal em todas as suas operações de saídas e a obrigação das administradoras de cartão de crédito ou de débito informar ao fisco estadual o valor referente a cada operação ou prestação efetuada por contribuintes do ICMS através de seus sistemas tem igual disposição no art. 35-A da citada lei.

Desse modo, com reforço da LC 105/2001, em especial quanto a seu art. 5, § 1º, XIII, sem guarida o argumento defensivo de ilegitimidade do procedimento fiscal por fundar-se em informações fiscais obtidas das administradoras de cartões sem autorização judicial prévia, uma vez que, nesse caso, tanto o sigilo bancário como o fiscal são mantidos.

Como acima transcrito, nota-se que a revogação suscitada pelo Impugnante não se refere à presunção legal exposta no § 4º do art. 4º da Lei 7.014/96, mas apenas a uma redistribuição normativa para melhor evidencia-la, uma vez que até 21/12/2017 constava da alínea "b" que, com sua revogação, passou a constar do inciso VII do parágrafo citado. Ademais, ainda que a alteração do dispositivo não revogue a legalidade da presunção a que se refere a presunção acusada, o período da autuação é anterior à adequação legislativa explicitada. Portanto, também sem

sustentação jurídica o argumento nesse sentido.

Ao contrário da pretensão defensiva, o argumento de uso incorreto do TEF, de modo que “as vendas com cupom/nota fiscal correspondesse as vendas realizadas com cartão de crédito/debito”, além de admitir a divergência apurada no confronto de informações em que se sustenta a exação fiscal, confessa o cometimento da infração tributária presumida.

Do mesmo modo, tendo em vista não competir a este órgão judicante administrativo apreciar a ilegalidade da sanção expressa no artigo 42, III, “f”, 2, da Lei 7.014/96, a arguição de exorbitância da multa por entende-la não observar os limites da razoabilidade, também não subsiste. Nesse sentido, ainda que trate apenas de tributo, cabe observar que a disposição contida no inciso IV do art. 150 da CF impedindo a utilização desse instituto jurídico tributário com efeito de confisco, dirige-se ao legislador tributário e não ao aplicador da normativa em vigor. Por conseguinte, nesse caso, não há falar em violação aos limites da razoabilidade, uma vez que as multas por cometimento de infração tributária são previamente adequadas para desestimular o descumprimento das obrigações dos contribuintes.

Em definitivo, as informações prestadas pelas empresas administradoras de cartão de crédito e débito decorrem das efetivas vendas efetuadas pela empresa autuada com tal meio de pagamento e, derivando-se dos equipamentos emissores de cupom fiscal (“ECF”), constituem-se em elemento probatório para a presunção legal imputada ao sujeito passivo, caso ela não seja devidamente elidida com provas em contrário, como nesse caso.

Assim, tendo em vista as disposições dos artigos 140, 141, 142 e 143 do RPAF quanto ao ônus probatório, tenho a acusação fiscal como caracterizada e integralmente subsistente.

Quanto ao pleito de redução da multa, por tratar-se de descumprimento de obrigação principal a sua apreciação foge a este órgão judicante.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 272466.0044/17-2, lavrado contra **KISSIA DANIELLE CARDOSO VILASBOAS BARROS -ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$104.157,62** acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, III, “f”, 2, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de maio de 2018

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JORGE INÁCIO DE AQUINO – RELATOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – JULGADOR