

PROCESSO - A. I. N° 272466.0044/17-2
RECORRENTE - KISSIA DANIELLE CARDOSO VILASBOAS BARROS - ME
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO -Acórdão 2^a JJF n° 0078-02/18
ORIGEM - INFAC GUANAMBI
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 15/07/2019

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0146-12/19

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 n° 7.014/96. Infração caracterizada. Rejeitadas as preliminares suscitadas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVÍDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra o acórdão proferido pela 2^a JJF N.º 0078-02/18, em referência ao Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 15/12/2017, para constituir o crédito tributário no valor histórico de R\$104.157,62, em decorrência de uma única infração: 5.08.01-*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 2^a JJF dirimi a lide com base no voto condutor abaixo transcrito:

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

incorrecto 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 considera-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.

A Recorrente informa que, 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 evidenciar, 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 incorrecto 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.

A recorrente inconformada com a decisão de piso interpôs Recurso Voluntário com as razões abaixo aduzidas:

Em relação à infração decorrente de falta de pagamento de ICMS por omissão de vendas, saídas de mercadorias tributadas, venho interpor recurso a este conceituado Conselho para que analise e julgue com toda benevolência, levando em consideração as citações sabiamente feitas pelo legislador acerca da infração e os textos reproduzidos abaixo;

Muito se tem presenciado a autuação de pessoas jurídicas por informações obtidas por meio das administradoras de cartões de crédito. Ocorre que, por muitas vezes, tais autuações não são precedidas de processo administrativo, bem como autorização judicial para que o chamassem de quebra de sigilo fiscal.

Verifica-se que sem o prévio processo administrativo, os contribuintes autuados são usurpados de seu direito de defesa, ou seja, há pleno cerceamento de defesa.

Evidente que a obtenção de informações pelo Fisco de forma ilegítima e sem autorização judicial prévia viola garantia constitucional de intimidade e de sigilo bancário, porém autuou-se a contribuinte antes de instaurar um processo administrativo e cumprir o dispositivo do artigo 142, do Código Tributário Nacional. Haja vista que o lançamento tributário baseou-se em indícios e ficções jurídicas.

O dever de instauração de processo administrativo antes de qualquer autuação está disciplinado na Lei do Sigilo Fiscal, Lei Complementar 105, de 10 de janeiro de 2001, no artigo 6º, abaixo:

Art. 6º 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 disso, o artigo 197, inciso II, do Código Tributário Nacional, Lei Geral Tributária, determina a intimação prévia e escrita da instituição operadora de cartões de crédito para prestar informações sobre a movimentação financeira de cada indivíduo, o que não ocorreu no caso em tela. Vê-se que a contribuinte, também, não autorizou qualquer disponibilização dos dados bancários, sendo de extrema necessidade que ocorresse, haja vista serem informações pessoais.

Ainda em relação ao enquadramento legal constante no auto de infração texto abaixo item b que se trata das operações com cartão de crédito /debito foi revogado.

LEI N° 7.014 DE 04 DE DEZEMBRO DE 1996

(Publicada no Diário Oficial de 05/12/1996)

SEÇÃO II

Do Momento da Ocorrência do Fato Gerador

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) 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;"

O autuante efetua seu trabalho realizando apenas uma consulta ao sistema de informações das operadoras de Cartão de crédito e débito confrontando com o MFD/ECF, sem que seja observado alguns pontos que queremos aqui expor:

1. No demonstrativo C do auto de infração o autuante aponta como sendo vendas de mercadorias sem acompanhamento de cupom fiscal ou nota fiscal correspondente o valor anual de R\$ 1.443.305,40 (hum milhão quatrocentos e quarenta e três mil trezentos e cinco reais e quarenta centavos), valor este informado pelas operadoras de cartão de crédito/debito.
2. A autuada através de sua escrituração fiscal apresenta um faturamento com emissão de cupom fiscal / nota fiscal no valor anual de R\$1.855.812,50 (hum milhão oitocentos e cinquenta e cinco mil oitocentos e doze reais e cinquenta centavos).
3. A autuada através de sua escrituração fiscal apresenta compras de mercadorias para revenda o valor anual de R\$2.172.698,72 (dois milhões cento e setenta e dois mil seiscentos e noventa e oito reais e setenta e dois centavos)

Considerando as situações acima teremos :

Compras de mercadorias 2016 – 2.172.698,72

Vendas de mercadorias escrituração fiscal – 1.855.812,50

Valores informados pelo autuante – 1.443.305,40

Totalizando um ‘faturamento’ anual de R\$ 3.298.817,90

Levando em conta que existe estoque inicial e estoque final, os valores totais de vendas apresentados para o período extrapola qualquer percentual de lucro a ser aplicado por esta atividade, sendo assim conclui-se que nos valores apresentados pela fiscalização que corresponde a vendas através de 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.

4- Do valor exorbitante da multa. Inobservância aos limites da razoabilidade. Valor superior ao faturamento bruto mensal da autuada.

Por prudência, passa a Requerente a demonstrar a digressão da norma áulica aplicada às supostas irregularidades, ora refutadas. Tornando um valor excessivo, penoso e injusto contra um humilde contribuinte, sem levar em consideração toda uma norma mais branda, apenas por comodidade ou na ânsia de autuar, ferindo de morte os limites da razoabilidade contra uma microempresa com faturamento bruto mensal menor do que o auto de infração.

O que se pede é a redução ou cancelamento de uma multa que inviabiliza e pune de forma cruel uma pequena empresa localizada numa região castigada por secas e muitas outras dificuldades regionais,no momento em que o país passa por toda essa crise financeira que afeta de forma impiedosa às pequenas empresas que na verdade mantém o emprego de grande parte da população mais necessitada em nossos municípios , estamos falando aqui não de uma empresa que tenha deixado de recolher os seus impostos; Mesmo com toda carga tributária existente.

Por último, diante dos fatos expostos, deve ser rechaçado todo o lançamento em exame, e de se concluir pela IMPROCEDÊNCIA TOTAL OU PARCIAL COM REDUÇÃO do auto em lide, por ser de inteira justiça.

VOTO

O autuante com base nas informações fornecidas pelas Instituições Financeiras e as Administradoras de cartão de crédito, e com as informações fornecidas pela Recorrente, efetua um cruzamento e apura eventuais divergências, que irão servir de base para a aplicação de um

Auto de Infração.

Uma eventual divergência entre os valores registrados na ECF e os informados pelas Operadoras de Cartão de Crédito e Instituições Financeiras, gera uma 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.

As Operadoras de Cartão de Crédito e Instituições Financeiras, fornecem para a SEFAZ-BA, um relatório de todos contribuintes, com todos os lançamentos diários de cada operação de crédito ou débito.

A recorrente foi autuada pelo cometimento da infração 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 ou administradora de cartão de crédito, no período janeiro a dezembro de 2016. Enquadramento legal Art. 4º, § 4º, inciso III da Lei nº 7.014/96. Multa de 100%, tipificada no art. 42, III, da citada lei.

Reclama a Recorrente que, por muitas vezes, tais autuações não são precedidas de processo administrativo, bem como autorização judicial para que o chamassem de quebra de sigilo fiscal.

Tal reclamação não prospera, o Processo Administrativo Fiscal em questão cumpriu todos os quesitos exigidos no RPAF.

Questiona que sem o prévio processo administrativo, os contribuintes autuados são usurpados de seu direito de defesa, ou seja, há pleno cerceamento de defesa.

Todos os relatórios analíticos estão contidos no CD (fl.15) e informações fiscais (fls.01 a 14), estavam disponíveis para consulta, portanto, não há de se falar cerceamento de defesa.

Destaca a recorrente que, a obtenção de informações pelo Fisco de forma ilegítima e sem autorização judicial prévia viola garantia constitucional de intimidade e de sigilo bancário, porém autuou-se a contribuinte antes de instaurar um processo administrativo e cumprir o dispositivo do artigo 142, do Código Tributário Nacional, haja vista que o lançamento tributário baseou-se em indícios e ficções jurídicas.

Que o dever de instauração de processo administrativo antes de qualquer autuação está disciplinado na Lei do Sigilo Fiscal, Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, no artigo 6º, abaixo:

A obtenção das informações junto às Operadoras e Instituições Financeiras não precisam de autorização judicial conforme decisão do STF, contudo, exige que o Art6º seja integralmente cumprido.

Art. 6º - 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.

Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária

A Recorrente alega que não autorizou qualquer disponibilização dos dados bancários, e também não constatei nenhuma cópia de Autorização no PAF.

Consultei diversos Acórdãos neste CONSEF desfavoráveis aos Contribuintes sobre infração 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 ou administradora de cartão de crédito, todavia, nenhum questionando quanto a forma de como o ESTADO obtém este Relatório das Operadoras e Instituições Financeiras.

De acordo com o julgamento conjunto das ADIs nºs 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859, o Ministro Dias Toffoli ressaltou a necessidade de prévia regulamentação para a obtenção de dados prevista no art. 6º, da Lei Complementar nº 105/2001, e adotou as seguintes observações dos demais ministros para explicitar o entendimento da Corte sobre a aplicação da lei: “*Os estados e municípios somente poderão obter as informações previstas no artigo 6º da LC 105/2001, uma vez regulamentada a matéria, de forma análoga ao Decreto Federal 3.724/2001*”. Tal regulamentação deve conter as seguintes garantias: pertinência temática entre a obtenção das informações bancárias e o tributo objeto de cobrança no procedimento administrativo instaurado; a prévia notificação do contribuinte quanto a instauração do processo e a todos os demais atos; sujeição do pedido de acesso a um superior hierárquico; existência de sistemas eletrônicos de segurança que sejam certificados e com registro de acesso; estabelecimento de instrumentos efetivos de apuração e correção de desvios.

Dentro do que cabe este Órgão Administrativo julgar, a legalidade da sanção Art. 4º, § 4º, inciso III, da Lei nº 7.014/96, constante do auto de infração, o enquadramento está correto, e se a Recorrente se sentir prejudicada quanto a Constitucionalidade da matéria, poderá elaborar um Pedido de Controle da Legalidade junto a PGE/PROFIS.

Referente ao seu questionamento em relação ao enquadramento legal constante no auto de infração, o Autuante agiu corretamente, pois, 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, e o período fiscalizado foi de Janeiro a Dezembro/16.

Tendo em vista não competir a este órgão judicante administrativo apreciar a ilegalidade da sanção expressa no artigo 42, III, “f”, item 2 da Lei nº 7.014/96, a arguição de exorbitância da multa por entendê-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.

Diante do exposto, voto por NÃO PROVER o Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 272466.0044/17-2, lavrado contra **KISSIA DANIELLE CARDOSO VILASBOAS BARROS - ME**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$104.157,62**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/14, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de maio de 2019.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

PAULO SHINYASHIKI FILHO – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS