

PROCESSO - A. I. Nº 281317.0006/19-4
RECORRENTE - ADALCIR M BORGES
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF nº 0197-04/23-VD
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 19/04/2024

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF Nº 0101-12/24-VD**

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. VENDAS COM PAGAMENTOS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO/DÉBITO. OPERAÇÕES NÃO DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL. OMISSÃO DE OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Presunção legal de ocorrência de operações tributáveis sem pagamento do imposto. Razões de recursais incapazes de provocar a reforma da Decisão recorrida. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo recorrente com base no art. 169, I, “b” do RAPF/BA, contra a Decisão da 4ª JJF, proferida através do Acórdão nº 0197-04/23-VD que julgou Procedente o Auto de Infração, o qual fora lavrado para exigir o débito no valor histórico de R\$ 691.112,91, referente ao período de janeiro a dezembro de 2016; fevereiro a dezembro de 2017 e janeiro, março a outubro de 2018, sob a seguinte acusação:

Infração 01 - 05.08.01.

Omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

Cujo valor do ICMS devido apurado, considerando-se que o contribuinte tem forma de apuração pelo conta-corrente fiscal, que o recolhimento de ICMS normal do contribuinte foi ZERO ao longo dos exercícios fiscalizados, considerando-se o coeficiente de proporcionalidade das mercadorias isentas, não tributadas e abatendo-se os créditos das notas fiscais de entradas de mercadorias destinadas ao contribuinte, obtidas através do SPED.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente, diante das seguintes considerações de mérito:

VOTO

[...]

Por tal omissão, a Fiscalização aplicou, assertivamente, a multa de 100% (cem por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente, tipificada no art. 42 inciso III, da Lei 7.014/96, decorrente de valores das operações declarados pelo contribuinte inferiores aos informados pelas administradoras de cartões de crédito ou débito, no caso em tela, o Contribuinte Autuado não informou à base de dado da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia quaisquer de suas operações de saídas de mercadorias tributadas nos anos de 2016, 2017 e 2018; e por conseguinte não recolheu qualquer valor de imposto (ICMS), neste mesmo período fiscalizado, aos cofres público do Estado da Bahia, quando suas Informações Cadastrais no Sistema INC (fl. 31) indicavam a forma de apuração do imposto o de conta corrente fiscal. Como se observa da peça de defesa, não se ver qualquer arguição de mérito, do Contribuinte Autuado, exceto um pequeno destaque de que a autuação não descreve a base de cálculo do imposto, sem nenhum elemento probante acostado aos autos, o que, ao entender do defendente, impossibilitou por completo a defesa.

Não é o que observo dos autos. Como acima descrito os demonstrativos analíticos anexados aos autos, na forma impressa, às fls. 10 a 28 dos autos, foram elaborados de forma clara, objetiva e consistente, além de, em sede de Informação Fiscal, o agente Autuante ter traçado todo um arrazoado de como procedeu a constituição do lançamento, acima discorrido, cujo teor fora dado ciência ao defendente, pôr Termo de Intimação (fl. 66), através de AR/Correios (fl. 67), com registro de entrega em 10/03/2023, que se manteve silente.

Há de ressaltar, então, que, nos termos do art. 140 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99 o

fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas. Ademais, nos termos do art. 143 do mesmo diploma legal a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal, que assim não procede.

Considerando, portanto, que os requisitos de constituição do lançamento estabelecidos através do art. 39 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, estão corretamente preenchidos para caracterizar a atuação, vejo restar subsistente o Auto de Infração nº 281317.0006/19-4, em tela, onde o agente Fiscal Autuante agiu nos estritos termos da legislação.

Saliento, ainda, que a este foro administrativo não cabe discutir a constitucionalidade da legislação posta, bem como apreciação de decisão do Poder Judiciário conforme assim preconiza o art. 167, I e II do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99. Sobre a multa aplicada, esta tem previsão legal e deve ser mantida, pois em conformidade com o art. 42, III, “f” da Lei nº 7.014/96 é a devida para a infração cometida.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, em tela.

VOTO EM SEPARADO (EM RELAÇÃO AOS CRÉDITOS FISCAIS)

Acompanho integralmente o voto do ilustre Julgador, exceto em relação à aceitação da concessão dos créditos fiscais, pelas entradas das mercadorias, pois a infração sob análise se relaciona a omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado por instituição financeira e/ou administradora de cartões e está fundamentada no § 4º do artigo 4º, inciso VI, da Lei nº 7.014/96.

Desta forma, a declaração de vendas em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, independente de ter ocorrido através de ECF ou através da emissão de notas fiscais, indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas.

Portanto, trata-se de uma presunção legal, e no caso sob análise o sujeito passivo não declarou qualquer valor de vendas declarados pelas informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, portanto, não foram emitidos documentos fiscais, inexistindo previsão legal para concessão de qualquer crédito, mesmo porque inexistem nos autos provas de que o contribuinte não se apropriou dos referidos créditos anteriormente.

Em consequência, com a exclusão de ditos valores, apura-se valores superiores ao autuado. Como neste momento não se pode alterar o valor do lançamento fiscal, voto pela Procedência do Auto de Infração.

Não se conformando com a Decisão, o sujeito passivo, às fls. 95 a 113 dos autos, apresentou Recurso Voluntário pelo qual alega que no Auto de Infração o autuante se limita a indicar o art. 4º, § 4º, VI da Lei nº 7.014/96, cuja alínea “b”, que trata das “administradoras de cartões de crédito ou débito”, foi revogado pela Lei nº 13.816 de 21/12/2017, sendo a exação relativa aos anos de 2016 a 2018, e, portanto, incontroverso que não há indicação de qualquer enquadramento legal no procedimento para que o Fisco extraia e use as informações disponibilizadas pelas operadoras de cartão de crédito/débito, como também que o autuante extraiu tais informações antes da notificação ao contribuinte do início da ação fiscal, não havendo dúvidas quanto as ilegalidades da autuação, devendo a Decisão recorrida ser reformada para julgar nula a autuação ou no mérito improcedente, em razão:

1. O autuante justificar a exigência do ICMS em 2018, sobre uma suposta omissão de receitas em decorrência da diferença entre o faturamento e as informações colhidas junto as operadoras de cartão de crédito e débito, apontado que o contribuinte violou um dispositivo legal revogado.
2. Cerceamento direito de defesa do recorrente, diante da ausência de relatório analítico das operações realizadas por cartões de crédito e débito, pois não lhe foram entrega os relatórios analíticos, eis que nas informações fiscais (fls. 58/59), há citação de um envelope contendo uma mídia com os arquivos digitais dos anos 2016, 2017 e 2018, todavia não há nos autos qualquer comprovação de que essa mídia foi entregue ao recorrente.
3. Do levantamento das informações perante as operadoras de cartão de crédito e débitos antes da instauração do procedimento administrativo fiscal, pois, conforme já decidido pelo STF nos julgamentos das ADIs 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859, deve o fisco observar: *(i)* a cientificação do contribuinte do início da ação fiscal, antes do acesso as informações das operadoras de cartão de crédito ou débitos, ou das informações fornecidas por instituições financeiras –

comunicação prévia ao contribuinte; e **(ii)** ato normativo do ente federado regulamentando a forma de acesso e utilização das informações extraídas das operadoras de cartão de crédito e débito e das informações fornecidas por instituições financeiras, assim como determinando a necessidade de comunicação prévia ao contribuinte.

4. Da ausência de norma estadual que regule o procedimento para a extração e utilização das informações fornecidas por operadoras de cartão de crédito e débito, pois, além da notificação prévia ao contribuinte, deverá existir ato normativo que regule o modo de como estas informações serão obtidas para fins de resguardar as garantias processuais do contribuinte, cuja regulamentação deve atender ao decidido pelo STF quando do julgamento conjunto das citadas ADIs. Logo, diante da ausência de regulamentação na esfera estadual do artigo 6º da LC 105/2001, é nulo o Auto de Infração.

Por fim, requer que seja declarado nulo o Auto de Infração ou, no mérito, seja julgado improcedente, diante da ausência de norma estadual que regule o procedimento e diante da extração das informações junto as operadoras de cartão de crédito e débito antes da notificação do contribuinte do início da ação fiscal e, na remota hipótese de não ser atendido, que seja excluído da autuação os valores exigidos com fatos geradores ocorridos no ano de 2018, diante da revogação da alínea “b”, do inciso VI, do parágrafo 4º, do artigo 4º da Lei nº 7014/1996, pela Lei nº 13816 de 21/12/2017.

Registra-se a presença do Dr. Emanuel Silva Antunes, representante da Recorrente, que exerceu o direito de sustentação oral nos termos regimentais.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário, previsto no art. 169, I, “b” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão de 1ª Instância, proferida pela 4ª JF - Acórdão JF nº 0197-04/23-VD, que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado para exigir o ICMS de R\$ 691.112,91, sob a acusação de omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, nos meses de janeiro a dezembro/2016; fevereiro a dezembro/2017 e janeiro, março a outubro/2018.

A tese recursal limita-se a alegações de cerceamento de defesa do recorrente por não lhe ter sido entregue relatório analítico das operações realizadas por cartões de crédito e débito, como também de nulidade do lançamento de ofício decorrente da ausência de norma estadual que regule o procedimento e diante da extração das informações junto as operadoras de cartão de crédito e débito antes da notificação do contribuinte do início da ação fiscal, em razão da revogação da alínea “b”, do inciso VI, do § 4º, do artigo 4º da Lei nº 7014/96, pela Lei nº 13816 de 21/12/2017.

Inicialmente, no que tange a alegação de cerceamento do direito de defesa pelo não fornecimento de relatório analítico das operações realizadas por cartões de crédito e débito, da análise documental, às fls. 34/35 dos autos, pela qual intima-se o contribuinte para, no prazo de 60 dias, pagar o débito apurado no Auto de Infração ou apresentar defesa, oportunidade que lhe foi fornecido, dentre outros, *ENVELOPE CONTENDO CD (MÍDIA DIGITAL)*, conforme consignado no próprio documento, em cuja mídia contém três arquivos Excel TEF diário dos exercícios fiscalizados.

Assim, diante da comprovação do recebimento de tal documentação, consoante Aviso de Recebimento “AR” procedido via postal dos Correios (fl. 35), em 07/11/2019, inclusive com cópia anexa às razões de defesa (fl. 49), não há dúvida de que o autuado recebeu o “RELATÓRIO

ANALÍTICO DAS OPERAÇÕES REALIZADAS POR CARTÕES DE CRÉDITO E DÉBITO”, inexistindo o alegado cerceamento de defesa.

No tocante à alegação de que o lançamento de ofício é nulo em razão da ausência de norma estadual que regulamente o procedimento, tendo em vista a revogação da alínea “b”, do inciso VI, do § 4º, do artigo 4º da Lei nº 7014/96, pela Lei nº 13816 de 21/12/2017, e, portanto, segundo a recorrente, incontroverso que não há indicação de qualquer enquadramento legal no procedimento para que o Fisco extraia e use as informações disponibilizadas pelas operadoras de cartão de crédito/débito, temos a ressaltar que a acusação de omissão de saídas de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito decorre de uma presunção legal de ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto, prevista no art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, que, **à época dos fatos geradores de 2016 e 2017**, estabelecia: “*sempre que se verificar valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte inferiores aos informados por administradoras de cartões de crédito ou débito*”, conforme texto a seguir:

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;

No presente caso, excepcionalmente, é do contribuinte o ônus da prova para destituir a presunção legal estabelecida no § 4º, do art. 4º da Lei nº 7.014/96, que estabelece “salvo prova em contrário”, eis que, a acusação se lastreia numa presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributadas apuradas através de um **cotejo financeiro entre receitas informadas pelas administradoras de créditos/débitos e as oferecidas à tributação pelo contribuinte**, sob a mesma modalidade de cartão de crédito/débito.

Portanto, a *presunção legal* é apenas para atribuir a condição de *mercadorias tributadas* às receitas omissas já que **inexiste dúvida da omissão de venda sem documentos fiscais quando a receita informada pela instituição financeira for maior do que a declarada na documentação fiscal pelo contribuinte**, sob a mesma modalidade, salvo prova em contrário de ônus do próprio contribuinte.

Dentro deste contexto, para o cotejo da receita de vendas auferidas em valor superior à receita de venda oferecida à tributação pelo contribuinte, fato passivo de tributação, tornava-se redundante tal receita ter sido informada por **instituições financeiras** ou por administradoras de cartões de crédito ou débito, conforme acusação fiscal, pois, na prática, as administradoras de cartões de crédito ou de débito são as próprias instituições financeiras, as quais são aquelas que atuam no setor financeiro de maneira abrangente, a exemplo de: bancos comerciais e de investimentos, corretoras de valores, entre outros. Sendo assim, a alínea “b”, do aludido dispositivo legal foi revogada pela Lei nº 13.816 de 21/12/2017, mantendo-se tão-somente a alínea “a”, relativa a expressão abrangente “*instituições financeiras*”.

Por outro lado, verifica-se que a Lei nº 13.816, de 21/12/17, ao tempo que revogou a alínea “b” do inciso VI, do § 4º, do art. 4º da Lei nº 7.014/96, a qual tratava de: “*b) administradoras de cartões de crédito ou débito;*”, também procedeu a alteração da redação original do inciso VII, do § 4º, do art. 4º da Lei nº 7.014/96, que tratava de: “*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.*”, passando sua redação atual a ser de: “*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.”, numa prova inequívoca de que sempre existiu a previsão para tal presunção legal, sendo descabida tal alegação recursal.

Portanto, **descabida a pretensão recursal** de que o lançamento de ofício é nulo em razão da ausência de norma estadual que regulamente o procedimento, cujo levantamento fiscal se fundamenta em **prévias** informações oficiais destas instituições financeiras, fornecidas à SEFAZ por força de norma legal, nos termos previstos no art. 35-A da Lei nº 7.014/96, acrescido através da Lei nº 9.837/2005, referentes a cada operação ou prestação efetuada por contribuintes do imposto através de seus sistemas de crédito, débito ou similares.

Diante de tais considerações, dos elementos contidos nos autos, por não haver razões de mérito, assim como restar comprovado que o contribuinte não ofereceu qualquer valor de receita à tributação no período fiscalizado, em que pese vultosas receitas auferidas através de instituições financeiras, considero as razões recursais incapazes à reforma da Decisão recorrida.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário para manter a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário interposto e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 281317.0006/19-4, lavrado contra **ADALCIR M BORGES**, devendo ser intimado a recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 691.112,91**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, III, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos devidos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 11 de março de 2024.

EDUARDO RAMOS SANTANA - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

MARCELO CARDOSO DE ALMEIDA MACHADO - REPR. DA PGE/PROFIS