

PROCESSO - A. I. Nº 003424.0043/06-0
RECORRENTE - LITORAL COMERCIAL DE PRODUTOS LTDA. (DPNORT)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTARIO – Acórdão 5ª JJF nº 0014-05/07
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 04/06/2007

2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0190-12/07

EMENTA: ICMS. VENDAS REALIZADAS COM PAGAMENTO EM CARTÃO DE CRÉDITO OU DE DÉBITO. DECLARAÇÃO EM VALOR INFERIOR ÀS OPERAÇÕES REALIZADAS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. A declaração de vendas pelo sujeito passivo em valores inferiores àqueles informados pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autoriza a presunção legal de omissões de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, vez que indica que o contribuinte efetuou pagamentos com Recursos não registrados decorrentes de operações anteriores realizadas e também não registradas. Rejeitada a nulidade argüida no Recurso. Mantida a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da JJF que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 29/08/06, exige ICMS no valor de R\$66.023,17, acrescido da multa de 70%, em decorrência do não recolhimento no prazo regulamentar o tributo referente às operações escrituradas nos livros fiscais próprios.

Na descrição dos fatos, no Auto de Infração, esclarece o fiscal autuante que foi apurado, no exercício de 2006, omissão de saída de mercadorias tributáveis através do confronto das vendas declaradas do autuado, realizadas por meio de cartões de crédito/débito e as informações prestadas pelas administradoras de tais cartões.

O autuado apresenta impugnação, às fls. 184/185, inicialmente entendendo que a autuação não tem amparo legal, e para embasar sua argumentação transcreve o art. 150, I, da Constituição Federal e o art. 97, I, do Código Tributário Nacional.

No mérito, diz que comercializa mercadorias isentas (rações e medicamentos para ovinos, caprinos, suínos e bovinos), como também tributadas. Alega que as mercadorias isentas correspondem à maioria de suas vendas, entendendo que um levantamento fiscal dessa natureza desrespeita o próprio RICMS.

Ao final, dizendo que o autuante não obedeceu aos ditames do art. 5º, XII, da C.F., que assegura a inviolabilidade do sigilo, gênero que entende se enquadrar as informações prestadas pelas administradoras de cartões, pede a nulidade do Auto de Infração.

A auditora que prestou a informação fiscal (fl. 192), aduziu que o autuado não apresentou nenhum documento (redução “z” ou nota fiscal) que comprovasse as vendas por cartão de crédito/débito, mesmo estando de posse das cópias das TEF diárias (fl. 180). Acrescenta que a fim de prestar uma informação consistente, uma vez que não procedeu a ação fiscal, intimou o autuado a apresentar as reduções “z” e as notas fiscais de saídas emitidas pelas vendas de cartão

de crédito/débito. Expõe que, no entanto, não foi apresentada nenhuma comprovação. Ao final, dizendo que constatou que não ocorreu saída através do ECF opina pela procedência da autuação.

O julgador de Primeira Instância emitiu o seguinte voto:

“O presente Auto de Infração exige ICMS em virtude da constatação de omissão de saída de mercadorias tributadas, 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.

Inicialmente rejeito a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado, haja vista que o Auto de Infração está revestido das formalidades legais, respaldado na legislação fiscal, ou seja, no art. 4º, § 4º, da Lei n.º 7.014/96, alterado pela Lei nº 8.542, de 27/12/02, que assim dispõe:

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

[...]

§4º 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 (grifo não original).

Ressalto, ainda, que o autuado recebeu cópias das planilhas comparativas de vendas por meio de cartão de crédito/débito, elaboradas pelo autuante, bem como dos Relatórios de Informações TEF diárias (fl. 180), constando as informações prestadas pelas Administradoras de cartão de crédito, que ao contrário do que entende o impugnante, não se trata de inviolabilidade de sigilo fiscal seu uso por parte do fisco.

Dessa forma, como foi constatado pela fiscalização pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, o ônus da prova passa a ser do autuado que deveria comprovar a improcedência da presunção fiscal.

Todavia, o autuado assim não procedeu e mesmo novamente intimado pela auditora, que prestou a informação fiscal, a apresentar as reduções “z” e as notas fiscais de saídas emitidas pelas vendas de cartão de crédito/débito, uma vez que não ficou constatada qualquer saída de mercadorias através do ECF, novamente nada apresentou.

Vale ainda acrescentar, que apesar do autuado ter alegado que também comercializa com produtos isentos, da mesma forma como procedeu em relação aos documentos acima referidos, não apresentou nenhuma comprovação nem percentual para que pudesse ser adotada a proporcionalidade no cálculo do imposto devido.

Portanto, entendo que resta caracterizada a infração, pois conforme a transcrição acima do art. 4º, § 4º, da Lei n.º 7.014/96, a infração em comento foi constatada através do exame das declarações de vendas do contribuinte, pelo fato de se apresentarem em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito.

Como o impugnante não elidiu a presunção em comento, e tendo em vista, ainda, o que dispõe o art. 142, do RPAF/99 (a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária), voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração “.

Em suas razões recursais o recorrente limita-se a sustentar a nulidade absoluta da autuação, posto que pautada em informações sigilosas obtidas de forma ilegal. Sobre o mérito não se manifesta.

Apresenta as seguintes alegações:

1. *“conforme cedição na área jurídica, o sigilo de informações e dados encontra-se esculpido na combinação dos incisos X e XII da Carta Magna de 1988. Tal direito a sigilo não afasta o autuado deste entendimento, não é absoluto, existindo na legislação pertinente, temperamentos à vedação constitucional, conforme entendimento do STF”;*
2. para a quebra de sigilo uma série de elementos deve estar presente sob pena de conformação de figura típica;
3. a conduta do fisco estadual, no caso em exame, não encontra respaldo legal que a legitime;
4. onde se encontra a autorização judicial e/ou legal para que o fisco tivesse acesso à movimentação financeira do autuado através das TEF's? Mesmo que a fiscalização viesse a embasar a utilização das TEF's na Lei Complementar nº 105/2001, tal indicação careceria de respaldo legal, sendo que essa legislação não é auto-aplicável, devendo ser, como fez o Executivo Federal, seguida de regulamento, o que como evidencia, não existe na esfera Estadual (BA);
5. transcreve o art. 1º, § 1º, VI da LC 105/2001, onde se estabelece que as instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações, incluídas as administradoras de cartões de crédito;
6. ressalva a citada legislação, no § 3º, inciso V, do seu art. 1º, que é permitida: *“a revelação de informações sigilosas com o consentimento expresso dos interessados”;*
7. a empresa autuada jamais autorizou o fornecimento de tais informações, incumbindo ao fisco a prova em contrário, com vistas a viabilizar a sua conduta;
8. cita o art. 5º da LC que determina que o Poder Executivo disciplinará quanto à periodicidade e aos limites de valor, os critérios segundo os quais as instituições financeiras informarão à administração tributária da União, as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços, incluídas as de cartões de crédito;
9. para que a SEFAZ pudesse ter utilizado os TEF's com a quebra do sigilo do autuado, deveriam, ter concorrido as seguintes situações: haver o contribuinte autorizado e o Fisco Estadual regulamentado em quais situações a quebra seria viável, até agora inócrida;
10. nem mesmo a indicação do art. 824-W do RICMS/BA é de serventia à tese fundamentada na Decisão hostilizada, que indica já haver regulamentação no referido artigo, porem tal assertiva não está de todo correta;
11. regulamentar não é fazer uma pequena e singela indicação de como serão procedidas as questões atinentes a determinada matéria legal, mas sim, buscar tornar a lei abstrata aplicável ao caso concreto através de pormenorizada atribuição administrativa;
12. o acima citado dispositivo não é auto aplicável, dependendo de ato do Secretário da Fazenda para sua formalização;
13. não há nos autos qualquer indicio ou elemento que comprove ter o pedido de informações procedido de autoridade competente, a teor do quanto insculpido no art. 18, inciso I do RPAF.

Finalizando, diz que a evidenciada quebra do sigilo perpetrada pelo fisco é absolutamente ilegal e arbitrária, não podendo, por via de consequência, serem os dados colhidos por meio da mesma utilizados para quaisquer fins de direito, configurando, ainda, enquanto afronta ao direito constitucional do sigilo. Pugna pela reforma da Decisão recorrida, para que seja julgado improcedente o Auto de Infração em análise, haja vista que o mesmo não obedece aos ditames constitucionais e legais.

A PGE/PROFIS, em seu Parecer, opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário, por entender que, ao contrário da afirmação do autuado, a legislação estadual está em perfeita consonância com a LC 05/01, e o procedimento fiscalizatório instaurado para a apuração do crédito tributário exigido encontra-se perfeito, a salvo de falhas e ilegalidades. Argumenta:

1. o Convênio ECF 01/01, que trata da autorização, em sua cláusula primeira, que transcreve, estabelece que o contribuinte poderá optar por autorizar a administradora de cartão de crédito a fornecer à SEFAZ o faturamento do estabelecimento usuário do equipamento;
2. quanto ao sigilo financeiro, transcreve o art. 1º, § 3º, V, da Lei Complementar para demonstrar que “*não constitui violação do dever de sigilo a revelação de informações com o expresse consentimento dos interessados*”;
3. a Lei Estadual nº 7.014/96 dispõe em seus artigos 35-A e 824-W sobre a obrigação das administradoras de cartão de crédito fornecerem ao fisco as operações efetuadas pelo sistema de crédito e débito;
4. também o art. 1º, §3º, VI, arrola outras situações excluídas do dever de sigilo, quando houver processo administrativo ou procedimento fiscal em curso, e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

VOTO VENCIDO

Apesar da elevada frequência de autos de infrações lavrados para apuração de omissões de receitas, mediante informações prestadas por empresa administradora de cartões crédito, esta é a primeira, de meu conhecimento, a tramitar nesta Câmara de Julgamento Fiscal, em que é argüida a nulidade da autuação, sob alegação de falta de autorização do autuado para acesso às suas informações financeiras.

Sem sombra de dúvida, o art. 5º da Constituição Federal assegura o direito ao sigilo das informações financeiras, entre outras.

Com base na Lei Complementar nº 24/1975, a União, os Estados e o Distrito Federal celebraram Convênio em 06 de julho de 2001, estabelecendo, em sua Cláusula Primeira, que o contribuinte 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, na forma, nos prazos e relativamente aos períodos determinados pela legislação de cada unidade federada, o faturamento do estabelecimento usuário do equipamento.

O citado Convênio estabelece:

§ 1º - A opção do contribuinte deverá ser formalizada após retorno de Avisos de Recebimento comprovando o recebimento por parte da Administradora, no livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências, podendo a unidade federada exigir também que o contribuinte efetue comunicação à repartição a que estiver vinculado.

§ 2º - A opção do contribuinte perderá automaticamente a eficácia:

I – no caso de descumprimento da obrigação pela administradora de cartão de crédito ou débito;

II – no caso de desinteresse do contribuinte, após integração TEF/ECF, com aquiescência da Secretaria da Fazenda.

§ 3º - Os novos contribuintes poderão formalizar a opção prevista no § 1º, no prazo de até 30 dias da data da inscrição estadual.

É cristalina a interpretação dos dispositivos transcritos do citado Convênio, no sentido de que o contribuinte tem a faculdade de optar pela utilização do equipamento, sob a condição de autorizar a administradora de cartão de crédito de fornecer ao fisco as informações financeiras decorrentes dessas operações.

Por outro lado, como ocorrido no âmbito federal, a legislação determina que o fisco, no caso, edite um regulamento estabelecendo as condições requeridas, inclusive quanto à periodicidade e

aos limites de valor, os critérios segundo ao quais as instituições financeiras informarão à administração tributária as operações efetuadas pelos usuários de seus serviços.

O art. 1º, § 3º, V, da LC 05/01, ressalva que não constitui violação ao dever do sigilo a revelação de informações sigilosas com o consentimento expresso dos interessados, não se aplicando, portanto ao caso os artigos 35-A e 824-W da Lei nº 7.014/95, já que tal condição não ocorreu e enfaticamente negado pelo autuado, sem qualquer contestação por parte do fisco estadual.

Em face do exposto, dou PROVIMENTO ao Recurso Voluntário para, modificando a Decisão recorrida, julgar NULO o Auto de Infração por falta de fundamentação legal.

VOTO VENCEDOR

Inicialmente, é necessário se fazer algumas observações preliminares acerca do regime de uso de equipamento emissor de cupom fiscal (ECF) para melhor fundamentar o nosso voto em oposição à tese esposado pelo sr. relator.

O uso do ECF pressupõe prévia autorização do Estado, através da Administração Tributária, nos termos do disposto no art. 824-H e seguintes do RICMS/97, de forma que o equipamento serve ao fisco como mecanismo de controle e apuração do imposto e ao mesmo tempo é de utilidade para o comerciante e o prestador de serviço, nas operações de venda no varejo, que ficaria comprometida se o contribuinte tivesse que a cada operação ou prestação emitir, diariamente, centenas ou até milhares de notas fiscais a depender do movimento comercial do estabelecimento.

Na sistemática introduzida no RICMS, o ECF passou a ser de uso obrigatório (art. 824 do RICMS), à exceção das atividades e situações elencadas no § 3º do referido artigo regulamentar. Ocorre que o uso do ECF impõe ao sujeito passivo obrigações tributárias decorrentes. O Convênio ICMS 01/98, incorporado à legislação interna da Bahia, previu a obrigatoriedade de uso do ECF nos estabelecimentos que promovam vendas a varejo e prestadores de serviço, devendo o equipamento atender às especificações do Convênio ICMS 156/94. Exigiu-se, ainda que o equipamento emitisse o comprovante de pagamento da operação ou prestação efetuado com cartão de crédito ou débito automático em conta corrente de forma vinculada ao documento fiscal emitido na operação ou prestação – é o denominado TEF.

Em substituição à exigência acima descrita, o posterior Convênio ECF 01/01, também incorporado à legislação interna, permitiu que o contribuinte utilizasse o ECF de forma não associada à emissão do comprovante da operação intermediada por cartão de crédito ou débito, até 31/12/2002, devendo para tanto o sujeito passivo autorizar à Administradora correspondente o fornecimento às Secretarias de Fazenda dos Estados e do DF, o montante do faturamento do estabelecimento vinculado às operações com o respectivo cartão. Logo, ou ele usava o sistema TEF, integrando emissão de cupom fiscal e operação financeira, ou optava pelo sistema alternativo, que tem por pressuposto, para o uso do ECF, da autorização para que as administradoras informassem o faturamento da empresa.

Todavia, a partir janeiro de 2006 (Decreto nº 9.760/06, de 18/01/06), as administradoras de cartão de crédito ou de débito passaram a ter o dever de informar ao fisco estadual o valor referente a cada operação ou prestação efetuada pelos contribuintes do ICMS, através de seus sistemas de crédito, débito ou similares. A competência para solicitar as informações a qualquer momento, em relatório específico, impresso em papel timbrado da administradora, foi deferida ao titular da Diretoria de Planejamento da Fiscalização (DPF) e as diretorias de administração tributária. Com as observações acima, passo a decidir a lide fiscal posta no presente processo.

Adentrado ao exame do caso “*sub judice*”, percebe-se claramente que os fatos objeto da autuação já se encontram regidos pela disposição regulamentar introduzida pelo Decreto nº 9.760/06, visto que os fatos geradores lançados no Auto de Infração se verificaram no exercício de 2006. Há que se fazer referência ao parecer jurídico da Procuradoria Estadual, anexo aos autos,

onde se encontra consignado que a obrigação de entrega das informações pelas Administradoras de cartão de crédito/débito se encontra prevista no art. 35-A da Lei do ICMS (nº 7.014/96), em total conformidade com as disposições da Lei Complementar nº 105/01, conforme regra inscrita no art. 1º, § 3º, inc. VI c/c o art. 6º do diploma legal que trata das questões relativas ao sigilo das informações financeiras.

Ademais, só para argumentar, ainda que os fatos não estivessem regidos pelas novas disposições regulamentares e legais, inseridas no RICMS a partir de 2006, mesmo assim, o procedimento fiscal teria que ser considerado correto e legal, posto que se o contribuinte não é usuário do sistema TEF, o pressuposto para o uso do ECF não integrado está vinculado necessariamente à autorização para o fornecimento das informações financeiras pelas Administradoras de Cartão de Crédito e/ou Débito. Logo, não há que se falar em falta de autorização do contribuinte nem em nulidade do procedimento fiscal.

Assim, em face das considerações acima, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter inalterada a Decisão da Junta de Julgamento e declarar a PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **003424.0043/06-0**, lavrado contra **LITORAL COMERCIAL DE PRODUTOS LTDA. (DPNORT)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$66.023,17**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR Conselheiros: Álvaro Barreto Vieira, Helcônio de Souza Almeida e Tolstoi Seara Nolasco.
VOTO VENCIDO Conselheiros: Fauze Midlej, Nelson Antonio Daiha Filho e Bento Luiz Freire Villa-Nova.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de maio de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/VOTO VENCEDOR

FAUZE MIDLEJ – RELATOR/VOTO VENCIDO

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. PGE/PROFIS