

PROCESSO - A. I. N.º 206935.0015/06-4
RECORRENTE - SL-COMERCIAL LTDA. (DOLL)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3^a JJF nº 0270-03/07
ORIGEM - INFRAZ ITABUNA
INTERNET - 06/12/2007

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0452-12/07

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NA TEF. 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 anteriores de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto. Preliminar de nulidade rejeitada. Correta a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVÍDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da 3^a JJF que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, que o contribuinte, através de advogado legalmente habilitado, interpõe visando modificar o resultado do julgamento ora recorrido.

O lançamento de ofício lavrado em 12/09/2006 reclama ICMS relativo à omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao montante fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, no exercício de 2006, no valor de R\$5.766,69, com multa aplicada de 70%.

O sr. relator na JJF inicialmente rejeita a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado, pois entendeu que estão presentes todos os pressupostos de validação do processo. Foram observadas as exigências regulamentares e o possível cerceamento do direito de defesa argüido não ocorreu pois foi concedido ao contribuinte todos os prazos previstos no RPAF-BA, possibilitando-lhe o regular exercício do seu direito à ampla defesa e ao contraditório. Observa, ainda, quanta alegação de falta de clareza da descrição da infração imputada, que esta não foi possível ser acatada, haja vista que o lançamento de ofício trata de presunção legal por diferença entre o valor das vendas declaradas pelo contribuinte e as informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito, sendo que as aludidas informações podem se referir tanto a operações com cartões de crédito quanto de débito, não apresentando qualquer dificuldade para o perfeito entendimento sobre o ilícito tributário cometido. Explicado assim, como o contribuinte já sabia, a indicação na imputação fiscal, de que se tratava de operação de cartão de crédito ou de débito. Acresça-se que, foram entregues ao autuado os Relatórios Diários de Operações - TEF, discriminando toda a sua movimentação com cartões de crédito e de débito, junto às instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito, sendo reaberto o prazo para oferecimento da defesa em 30 dias, de forma a possibilitar o cotejamento dos boletos emitidos com os cupons fiscais extraídos do ECF (Emissor Cupom Fiscal).

No que diz respeito ao mérito não acatou as alegações defensivas de que houve quebra de sigilo bancário do autuado, por ter ele entendido como sendo ilícita a prova carreada aos autos, e que as movimentações financeiras nas administradoras de cartão de crédito não podem servir de fato gerador para incidência de ICMS, uma vez que não se trata de circulação de mercadorias, mas de mera movimentação de recursos em conta –corrente. Ressaltou que as informações das operações por meio de cartão de crédito e débito de qualquer contribuinte são fornecidas regularmente ao Fisco pelas instituições financeiras ou administradoras sem a necessidade da via judicial para que a Fazenda Pública obtenha tais relatórios. Quanto à inocorrência do fato gerador esclarece que se trata de presunção legal prevista no artigo 4º, § 4º da Lei 7.014/96, que transcreve, e neste caso cabe ao contribuinte provar a improcedência da autuação.

Destaca que “*havendo contencioso tributário, não poderá ser negado ao contribuinte o direito pleno de defesa, podendo o mesmo se utilizar todos os meios de prova admitidos em lei, aliás, neste caso de presunção legal, inverte-se o ônus da prova, passando exclusivamente ao contribuinte a responsabilidade da apresentação dos elementos de provas que demonstrem se existem ou não as inverdades apuradas através de procedimento administrativo tributário*”

Afirma que as alegações defensivas não são suficientes para elidir a exigência fiscal e que não cabe a JJJ buscar as provas, cuja obrigação de apresentação pertence ao autuado, nos termos do artigo 123 do RPAF-BA.

Observou que o autuante elaborou demonstrativo à folha 10, concedendo o crédito presumido de 8%, a que faz jus as empresas inscritas no regime simplificado de apuração do ICMS (SimBahia), na condição de EPP, nos termos do artigo 408-S, § 1º do RICMS-BA.

Vota, no que foi acompanhado pelos demais membros da JJJ, pela Procedência do Auto de Infração.

Inconformado, o autuado interpõe tempestivamente o presente Recurso Voluntário (fls. 93/96), pedindo a reforma da Decisão.

Inicialmente retoma o que já disse quando da impugnação quanto à inviolabilidade do cidadão prevista no art. 5º, X, da Constituição Federal. Insiste no argumento de que o fisco baiano não poderia quebrar o sigilo bancário do contribuinte. Comenta a respeito do direito à privacidade e crê que há uma colisão entre os direitos à intimidade e ao sigilo de dados, de um lado, e o interesse público à arrecadação tributária, de outro. Diz que, para a solução deste conflito a doutrina e a jurisprudência prega o uso do princípio da proporcionalidade.

Comenta posicionamentos que diz ser do STF sobre o aludido princípio e concluiu: “*ainda que se aceite a possibilidade de requisição extrajudicial de informações e documentos sigilosos, o direito à privacidade deve prevalecer enquanto não houver, em jogo, um outro interesse público, de índole constitucional, que não a mera arrecadação tributária, o que segundo se dessume dos autos, não há.*” Refere-se, também, a uma Decisão do TRF da 4ª sobre o provimento a um agravo, que entendo não relacionar-se com o processo em lide.

Repete a argüição de que a movimentação financeira nas administradoras de cartão de crédito não pode servir de fato gerador para incidência de ICMS, uma vez que não se trata de circulação de mercadorias, mas de mera movimentação de Recursos em conta – corrente. Acrescenta que o autuante não entregou ao autuado a movimentação dia a dia através de mapas demonstrativos. Finaliza, requerendo o provimento do Recurso e a improcedência da autuação por falta de provas.

A sra. procuradora representante da PGE/PROFIS emite Parecer opinativo onde, após breve relatório do ocorrido até aqui, diz que em primeiro lugar, ao contrário do que afirmara o recorrente as informações prestadas pelas administradoras de Cartão de Crédito não dizem respeito à movimentação financeira ou bancária do contribuinte, e sim, aquelas que dizem

respeito ao montante de vendas realizadas sob a modalidade de pagamento cartão de crédito ou de débito. E acrescenta que devido a relação direta, destas informações, com a fatos geradores do ICMS justifica-se plenamente o interesse fiscalizatório da Fazenda Estadual. O procedimento é totalmente legal. Diz, apenas, *ad argumentadum tantum* – que se por acaso tivesse ocorrido a possível constitucionalidade da exigência estadual decorrente da lei não teria o Conselho de Fazenda condições de declarar tal posicionamento.

Diz que, pode ter havido má compreensão por parte do recorrente em torno do objeto da autuação, a ponto de afirmar que a imposição fiscal estaria a incidir sobre a movimentação financeira.

Quanto a não entrega da movimentação dia a dia através de mapas demonstrativos afirma que não precede, pois, os mesmos constam nos autos às fls. 48/74 , bem como a intimação feita ao contribuinte (fls. 75) e a reabertura do prazo para sua manifestação. Opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Como vimos no relatório acima, o Auto de Infração em lide reclama ICMS relativo à omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao montante fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, no exercício de 2006.

O Recurso Voluntário do contribuinte repete o que já fora aduzido quando da impugnação e devidamente analisado pela JJF, após a realização inclusive de duas diligências às quais teve acesso o contribuinte. Nestas oportunidades lhe foram entregues mediante recibo, os Relatórios de Informações TEF, do período fiscalizado constando a discriminação diária individualizada de todas as suas operações, e reaberto o prazo de defesa em 30 dias (fl. 36).

Acresça-se que nesta segunda diligência foram entregues ao autuado as cópias dos Relatórios TEF – Diários, desta vez operação por operação, ou seja, discriminação diária individualizada de todas as suas operações, e foi reaberto novo prazo de defesa em 30 dias (fl. 45).

Diante da regular atuação da administração tributária não há que se falar, como bem colocou a Sra. procuradora, em cerceamento de defesa. Foram ofertados e utilizados pelo recorrente todos os direitos permitidos pela legislação em vigor.

O argumento de uma possível quebra de sigilo bancário não é sustentável. Como bem explica o Parecer opinativo da PGE não se trata do fornecimento de informações sobre a “vida bancária” do contribuinte, e sim, a entrega por parte das administradoras de cartão de crédito/débito de relatórios que revelam os valores recebidos pelos contribuintes em operações tributadas realizadas pelo contribuinte.

Trata-se, como vimos em tantos outros processos que foram submetidos a esta Câmara de Julgamento Fiscal, de Julgamento Fiscal da ocorrência de um fato gerador por presunção, como lembrou o sr. relator na JJF e que tem amparo o art. 4º da Lei nº 7.014/96 onde de forma objetiva encontramos que a *“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”*.

A presunção legal exigida é, como revela a Decisão recorrida, *juris tantum*, ou seja, admite prova em contrário. Como o recorrente não apresentou tais provas, limitando-se a arguir uma possível quebra do sigilo bancário e um possível cerceamento de defesa , fatos que efetivamente não

ocorreram , concordo com a Decisão da JJF e acompanho o Parecer da JJF de que o Recurso não dever provido mantendo-se integralmente a Decisão “*a quo*”.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206935.0015/06-4, lavrado contra **SL-COMERCIAL LTDA. (DOLL)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$5.766,69**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de novembro 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

HELCÔNIO DE SOUZA ALMEIDA – RELATOR

JOÃO SAMPAIO REGO NETO - REPR. DA PGE/PROFIS