

PROCESSO - A. I. Nº 206969.0005/07-3
RECORRENTE - RP-COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA. (RESTAURANTE BUMBA MEU BOI)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JF nº 0250-02/07
ORIGEM - INFAZ ILHÉUS
INTERNET - 06/12/2007

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0454-12/07

EMENTA: ICMS. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS PELA ADMINISTRADORA DOS CARTÕES RESULTANDO EM DIFERENÇA NÃO COMPROVADA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Embora o estabelecimento estivesse inscrito no SIMBAHIA, porém, por ter incorrido na situação prevista no inciso V do artigo 408-L do RICMS/97, o débito foi calculado pelo regime normal com a concessão do crédito presumido de 8% sobre a receita omitida. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Imputação não elidida. Decisão mantida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal proferida no Acórdão nº 0250-02/07, pela Procedência do presente Auto de Infração, o qual foi lavrado para exigir o ICMS, no valor de R\$40.236,66, sob acusação de omissão de saídas de mercadorias tributáveis referente a pagamentos não registrados, apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito ou de débito através de equipamento Emissor de Cupom Fiscal em valores inferiores aos valores fornecidos por instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito, no período de janeiro de 2006 a março de 2007, conforme demonstrativos e documentos às fls. 07 a 268.

A Junta de Julgamento Fiscal julgou Improcedente a impugnação de fls. 271/279, aduzindo em síntese que:

“O débito da infração encontra-se devidamente especificado na “Planilha Comparativa de Vendas por Meio de Cartão de Crédito/Débito, referente ao exercício de 2006 e 2007 (docs. fls. 07 e 09), nas quais, foram considerados em cada coluna, o período mensal, os valores mensais das vendas com cartão de crédito/débito constantes da Redução Z; as vendas com cartão de crédito informadas pelas administradoras; a diferença apurada representativa da base de cálculo do imposto; o imposto devido calculado à alíquota de 17%; a dedução do crédito de 8% dada a condição de empresa de pequeno porte do estabelecimento enquadrada no SIMBAHIA; e finalmente, o ICMS devido.

De acordo com § 4º do artigo 4º, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.542 de 27/12/02, efeitos a partir de 28/12/02, in verbis: “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”.

Portanto, a declaração de vendas em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, indica que o sujeito passivo

efetuiu pagamentos com Recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, cabendo ao contribuinte comprovar a improcedência dessa presunção legal.

No caso em comento, o autuado não apontou qualquer erro nos números apurados no citado demonstrativo, tendo suscitado a nulidade da autuação com base na alegação de cerceamento de defesa e de falta de certeza e liquidez do lançamento.

Analizando tais preliminares, observo que o presente lançamento tem legitimidade, estando descrito no Auto de Infração com clareza, não lhe faltando certeza quanto aos números, eis que está baseado nas informações das administradoras de cartões de crédito/débito em confronto com os valores lançados na escrita fiscal. Portanto, não ocorreu cerceamento de defesa, conforme alegado, cujo sujeito passivo ficou impedido de exercer com plenitude o seu direito de defesa, pois consta à fl.20 a comprovação da entrega do Relatório TEF Diários por operação e por administradora (docs. fls. 21 a 254), os quais possibilitam que sejam comparados os boletos de cartão de crédito/débito com as informações prestadas pelas administradoras.

No mérito, observo que o autuado não apontou qualquer erro nos números apurados pela fiscalização, limitando-se a argüir que o lançamento está baseado em quebra de sigilo bancário sem autorização judicial, configurando no seu entendimento em prova ilícita.

Também não vejo como prosperar esse argumento, pois as administradoras de cartão de crédito possuem prévia autorização do contribuinte para fornecer as informações, com base no Convênio ECF 01/01 e art.3º-A do Decreto nº 7.636/99.

Cumpra observar que qualquer tipo de ECF permite a leitura com os totais das diversas formas de pagamentos, quais sejam, através dinheiro, cheque, cartão de crédito, cartão de débito, e outras, cujos valores relativos às operações com cartões de crédito devem corresponder exatamente com os valores fornecidos pela administradora de cartões de crédito. Entendo que é de inteira responsabilidade do contribuinte fazer a comprovação através de levantamento fiscal vinculado ao ECF, comparando as fitas detalhes, os boletos emitidos pelo sistema POS, e as notas fiscais de venda a consumidor, com os valores fornecidos como vendas por meio de cartões de crédito/débito pelas administradoras de cartões de crédito.

Nestas circunstâncias, considerando que o autuado não apresentou nenhum levantamento em sentido contrário à autuação, concluo que não foi elidida a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, subsistindo a exigência fiscal.”

E conclui seu voto nos seguintes termos: “Nestas circunstâncias, considerando que o autuado não apresentou nenhum levantamento em sentido contrário à autuação, concluo que não foi elidida a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, subsistindo a exigência fiscal.”

Irresignado com a Decisão proferida pela Primeira Instância administrativa, o autuado apresentou Recurso Voluntário às fls. 303/305, requerendo, inicialmente a nulidade do Auto de Infração, por entender que o Fisco quebrou o seu sigilo bancário:

“Como dito na defesa, a constituição Federal prevê no seu artigo 5º, X, que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Nesse passo, não tem o fisco da Bahia competência para quebrar sigilo bancário do contribuinte com o intuito de firmar fato gerador de ICMS. Tal prática é inconstitucional.(...)”

Para fundamentar suas razões, transcreve um julgado do TRF 4ª Região.

No mérito, requer seja o Auto de Infração julgado improcedente, aduzindo que:

“Gize-se, ainda, por imperativo, que o fato gerador do ICMS é a circulação econômica ou jurídica da mercadoria, jamais movimentação financeira em cartão de crédito, especialmente

no caso dos autos onde o fiscal autuante sequer entregou ao autuado a suposta movimentação dia a dia, através de mapas demonstrativos. Se realmente emitiu tais mapas ficou com ele.”

O representante da PGE/PROFIS opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário interposto, com os seguintes argumentos:

“Quanto à quebra indevida do sigilo financeiro não cabe, nesta instância, apreciação de alegação de inconstitucionalidade.

Porém, para fins de instrução e fundamentação do presente PAF, assim como por amor ao debate, passamos a enfrentar a alegação.

O CONVÊNIO EFC nº 01/01 trata sobre a autorização pelos contribuintes para que as administradoras de cartões de Crédito informem ao fisco as suas operações com contribuintes de ICMS, por autorização deste.

“Cláusula primeira: O contribuinte usuário de ECF, até 31 de dezembro de 2002, em substituição à exigência prevista na cláusula quarta do Convênio ECF 01/98, de 18 de fevereiro de 1998, 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.”

Agora passamos a analisar a Lei Complementar nº 05/01 que trata sobre o sigilo financeiro.

Inicialmente, o art. 1º, VI, da LC inclui dentre as instituições financeiras, as administradoras de Cartões de Crédito.

O art. 1º, parágrafo 3º da lei complementar em questão prevê os casos em que não se considera violação ao sigilo. Dentre as hipóteses, consta a entrega de informações financeiras com autorização dos interessados.

§3º não constitui violação do dever de sigilo:

V – a revelação de informações sigilosas com o consentimento expresso dos interessados;

Por outro lado, a Lei Estadual nº 7.014/96 dispõe em seu art. 35-A sobre a obrigatoriedade das Administradoras de Cartões de Crédito de fornecer informações sobre as operações e prestações efetuadas por constituintes de ICMS.”

E conclui: *“Portanto, a legislação estadual está em perfeita consonância com a LC 05/01 e o procedimento fiscalizatório instaurado para apuração do crédito tributário exigido na presente autuação encontra-se perfeito, a salvo de falhas e ilegalidades.”*

No mérito aduz que: *“Por fim, a alegação do Recorrente de que não houve fato gerador do ICMS pode ser rebatida com a simples indicação do parágrafo 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96 que prevê a presunção da ocorrência de fato gerador do ICMS quando constatada diferença entre os valores indicados pelas Administradoras de Cartões de Crédito e os valores declarados pelo contribuinte ao fisco.*

Portanto, a previsão legal do fato gerador do ICMS está devidamente comprovada, assim como os fatos imputados pelo autuante não tendo o Recorrente trazido sequer um argumento de mérito para elidi-lo.”

VOTO

O Presente Auto de Infração exige ICMS, no valor de R\$40.236,66, sob a acusação de omissão de saídas de mercadorias tributáveis referente a pagamentos não registrados, apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito ou de débito, através de equipamento Emissor de Cupom Fiscal em valores inferiores aos fornecidos pelas instituições

financeiras e administradoras de cartão de crédito, no período de janeiro de 2006 a março de 2007, conforme demonstrativos e documentos às fls. 07 a 268.

O autuado requer a anulação do Auto de Infração por entender que na forma em que a ação fiscal foi realizada houve quebra de sigilo bancário do contribuinte para confirmar a ocorrência de fato gerador, contestando, inclusive a constitucionalidade do procedimento fiscal.

Comungo com o entendimento da Douta Procuradoria Fiscal, no tocante à nulidade argüida pelo contribuinte, o qual transcrevo a seguir:

“Quanto a quebra indevida do sigilo financeiro não cabe, nesta instância, apreciação de alegação de inconstitucionalidade.

Porém, para fins de instrução e fundamentação do presente PAF, assim como por amor ao debate, passamos a enfrentar a alegação.

O CONVÊNIO EFC nº 01/01 trata sobre a autorização pelos contribuintes para que as administradoras de cartões de Crédito informem ao fisco as suas operações com contribuintes de ICMS, por autorização deste.

“Cláusula primeira: O contribuinte usuário de ECF, até 31 de dezembro de 2002, em substituição à exigência prevista na Cláusula quarta do Convênio ECF 01/98, de 18 de fevereiro de 1998, 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.”

Agora passamos a analisar a LC 05/01 que trata sobre o sigilo financeiro.

Inicialmente, o art. 1º, VI, da LC inclui dentre as instituições financeiras, as administradoras de Cartões de Crédito.

O art. 1º, parágrafo 3º da lei complementar em questão prevê os casos em que não se considera violação ao sigilo. Dentre as hipóteses, consta a entrega de informações financeiras com autorização dos interessados.

§ 3º não constitui violação do dever de sigilo:

V – a revelação de informações sigilosas com o consentimento expresso dos interessados;

Por outro lado, a Lei Estadual nº 7.014/96 dispõe em seu art. 35-A sobre a obrigatoriedade das Administradoras de Cartões de Crédito de fornecer informações sobre as operações e prestações efetuadas por constituintes de ICMS.

Portanto, a legislação estadual está em perfeita consonância com a LC 05/01 e o procedimento fiscalizatório instaurado para apuração do crédito tributário exigido na presente autuação encontra-se perfeito, a salvo de falhas e ilegalidades.”

Diante do exposto, bem como de todas as argumentações trazidas ao PAF, entendo que a alegação de nulidade não merece acolhimento, vez que a ação fiscal foi respaldada na forma da lei, sem que houvesse qualquer violação a direitos e garantias fundamentais do contribuinte.

Quanto a alegação de que a movimentação financeira em cartão de crédito não pode constituir fato gerador do ICMS, observa-se que se trata de uma mera falácia.

É de saber notório que a movimentação financeira em cartão de crédito não é fato gerador de ICMS, porém, o parágrafo 4º, do art. 4º da Lei nº 7.014/96, prevê a presunção da ocorrência de fato gerador de ICMS quando constatada diferença entre os valores indicados pelas administradoras de Cartões de Crédito e os valores declarados pelo contribuinte ao Fisco, senão vejamos:

“O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a Caixa não comprovado 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” (Parágrafo 4º, do art. 4º, da Lei Estadual nº 7.014/96).

Assim, constato que a ação fiscal nos presentes autos foi realizada observando todos os tramites legais, estando a presunção de ocorrência de fato gerador do ICMS respaldada em previsão legal, não tendo o recorrente colecionado aos autos qualquer prova que pudesse elidir a ação fiscal.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do 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 homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206969.0005/07-3**, lavrado contra **RP-COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA. (RESTAURANTE BUMBA MEU BOI)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$40.236,66**, 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 de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

MÁRCIO MEDEIROS BASTOS - RELATOR

JOÃO SAMPAIO REGO NETO – REPR. DA PGE/PROFIS