

A. I. Nº - 210585.0018/14-3
AUTUADO - BAR DOM PAPITO LTDA.
AUTUANTE - MARIA GRACIEHT INVENÇÃO
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 11.11.2014

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0210-05/14

EMENTA: ICMS. 1. VENDAS COM PAGAMENTOS POR MEIO DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS POR FINANCEIRAS OU ADMINISTRADORAS DOS CARTÕES. LEVANTAMENTO DA DIFERENÇA. OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. a) RECOLHIMENTO A MENOS. b) FALTA DE PAGAMENTO. Foi demonstrado nos autos, a existência da diferença entre as vendas declaradas pelo contribuinte e os valores informados pelas financeiras e administradoras de cartões. Não houve efetiva comprovação da venda de mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária, mas apenas alegações de tais vendas, mediante reivindicação de que se trata de um comércio de bar. Não houve apresentação de quaisquer documentos fiscais de entrada ou saída de mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária e o procedimento foi efetuado conforme declaração das receitas em documentos fiscais, pelo próprio contribuinte, em que ele próprio declara que todas as mercadorias são tributáveis normalmente. Não houve correção das declarações prestadas ao fisco, com as devidas comprovações, tampouco houve comprovação de que fazia jus à redução da base de cálculo, por conta das gorjetas pagas aos garçons. Infrações 1 e 2 procedentes. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

No auto de infração lavrado em 21/12/2012, foi efetuado lançamento de imposto no valor total de R\$43.649,94, em razão das seguintes infrações:

1 - Omissão de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento efetuado com cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões, sem dolo, sendo lançado o valor de R\$40.146,19, acrescido da multa de 75%.

2 - Efetuou recolhimento a menos de ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pela microempresa e empresas de pequeno porte - SIMPLES NACIONAL, implicando, desta forma, em não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou de alíquota aplicada, sendo lançado o valor de R\$3.503,75, acrescido da multa de 75%.

A impugnante apresenta defesa às fls. 61/79, quando discorda de todo o *quantum* suscitado pela autoridade fazendária, pois alega atuar no ramo de bar, e assim, para o desenvolvimento de suas atividades, comercializa produtos acobertados pelo manto da substituição tributária, ou seja, todos os produtos constantes nos protocolos 11/1991, 14/2009 e 20/2005 e comercializados pela requerente, são tributados por meio da substituição tributária, sendo devido o seu lançamento no campo F1 do sistema ECF.

Todavia, por erro operacional por parte da Requerente, os aludidos produtos não estavam sendo lançado nos campos corretos, qual seja, F1 – PRODUTOS COM ICMS RECOLHIDO ATRAVÉS DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, e por tal motivo, sendo tributado duas vezes, ou seja, na compra e na comercialização por parte da Requerente, e assim, fazendo surgir, o instituto denominado de *bis in idem*.

Aduz que é preciso insistir também no fato de que, em não havendo a compensação por parte da Impugnante, no tocante ao seu ICMS a recolher, em confronto com o ICMS que fora recolhido na modalidade substituição tributária, estaria se lesionando de morte o princípio basilar do ICMS, qual seja, O PRINCÍPIO DA NÃO COMULATIVIDADE. Ocorre que, no momento da apuração dos valores em que a autuante entendeu como não oferecidos à tributação, considerou como base de cálculo para o ICMS, os 10% relativo à gorjeta destinada ao garçom.

Alega que os clientes que frequentam os bares e restaurantes em Salvador, optam em sua maioria por realizar os pagamentos das despesas concernentes às bebidas que consomem, como também a gorjeta do garçom, na modalidade cartão de crédito. Que frente ao que fora apresentando, RELATIVO À EXCLUSÃO DO PERCENTUAL DE 10% (dez por cento) ATINENTE A GORJETA DESTINADA AO GARÇOM, a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, através do Convenio ICMS sob o nº 44/2013, promoveu a sua adesão, e introduziu no RICMS o art. 277-A no sentido de autorizar a exclusão do referido percentual, referente aos valores incidentes no fornecimento de alimentação e bebidas originados por bares, restaurantes, hotéis e estabelecimentos similares. Assim, traz o teor do referido dispositivo constante no RICMS/BAHIA:

Art. 277-A. A gorjeta fica excluída da base de cálculo do ICMS incidente no fornecimento de alimentação e bebidas promovido por bares, restaurantes, hotéis e estabelecimentos similares, desde que limitada a 10% (dez por cento) do valor da conta (Conv. ICMS 125/11)

Que no caso da Requerente, o público alvo que frequente o seu negócio, são pessoas que consomem bastante, por se tratar de pessoas com um poder aquisitivo mais vultoso, e no momento do pagamento de suas despesas, na maioria das vezes não respeitam o PERCENTUAL DE 10% (dez por cento), e finalizam pagando um valor bem maior. Desta forma, está clarividente que o valor utilizado como base de cálculo para efeito da lavratura do aludido auto de infração está incorreto, tendo em vista que o sistema interno da Requerente não permite a exclusão do valor concernente à gorjeta, e por tal motivo a operadora de cartão de crédito repassou o aludido valor de forma consolidado à base de dados da SEFAZ/BAHIA, e com isso, impossibilitando a Auditora Fiscal de excluir tal percentual no momento do desenvolvimento da fiscalização.

Aduz que sendo assim, prezando pela prudência e pela justiça, o valor correspondente ao percentual listado acima, bem como a correção e multa, devem ser excluídos, ou seja, anulados do presente auto de infração; no que tange ao trabalho desenvolvido pela auditora fiscal, este tomou como fundamento os documentos fornecidos pela Requerente, e as informações repassadas pela administradora de cartão de crédito à base de dados da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia. Por seu turno, as informações transmitidas pelas administradoras de cartão de crédito, é algo altamente confidencial, ou seja, são informações que devem ficar limitadas as duas partes (IMPUGNANTE X ADMINISTRADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO), entretanto, não foi o que aconteceu.

Que no desenvolvimento dos trabalhos de fiscalização, o agente fiscalizador teve acesso as informações altamente sigilosa, quais sejam, as vendas realizadas pela Impugnante através da ferramenta cartão de crédito, todavia, tais informações em hipótese alguma deveriam ser repassadas a terceiros sem autorização da Requerente, ou através de uma determinação judicial, casos que não ocorreram. Traz à baila, o teor do art. 1º da Lei Complementar nº 105/2001 que menciona o seguinte:

Art. 1º As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

§ 1º São consideradas instituições financeiras, para os efeitos desta Lei Complementar:

(...)VI - administradoras de cartões de crédito;

Alega que está claro quebra de sigilo bancário pela autoridade administrativa sem prévia decisão judicial que a autorize, uma vez que as operadoras de cartões de crédito são fies depositárias das

informações que transitam em sua base de dados, e em hipótese alguma devem as mesmas repassar a terceiro tais informações, sob pena de estarem LESIONANDO O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. Traz o teor da seguinte ementa, entre outras apresentadas:

“PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA. SIGILO BANCÁRIO. LEI COMPLEMENTAR Nº 105, DE 10 DE JANEIRO DE 2001, ART. 6º.1. As novas disposições criadas pela Lei Complementar n.º 105/2001, não excluíram a necessidade de autorização judicial para a quebra de sigilo bancário, em face das disposições do artigo 5º XII da CF/88.2. Agravo de instrumento improvido. Prejudicado o regimental.”(TRF 1ª Região – AG 2002.01.00.008685-3/DF – Rel. Des. Federal Hilton Queiroz – publ. DJ de 16.08.2002).

Alega também, que a aplicação de multa com base no valor de 75% (setenta e cinco por cento) do tributo devido, representa efetiva violação ao princípio da razoabilidade, uma vez que as multas são impostas com o intuito de desestimular o contribuinte a praticar uma infração, e não enriquecer ilicitamente o estado. Ademais, o Brasil é o país com a segunda maior carga tributária do globo. Assim, se o contribuinte enfrenta serias dificuldade para quitar os tributos devidos certamente encontrará para pagas às multas exorbitantes que o legislador cria.

Invoca o artigo 150, IV, CF, que estabelece a vedação à utilização do tributo, com efeito, confiscatório. Que na verdade, significa que *“o tributo não deve subtrair mais do que uma parte razoável do patrimônio ou da renda do contribuinte”* (SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 18ª Ed. Malheiros. São Paulo. 2000). Que portanto, pode-se concluir que a aplicação da multa sob comento, se levada a efeito, inevitavelmente configurará um confisco ao patrimônio do contribuinte, razão pela qual deve ser declarada nula.

Aduz que capacidade contributiva está prevista, igualmente, em nível constitucional (art. 145, § 1º, 1ª parte). Segundo ela, os impostos deverão ser individualizados de acordo com a possibilidade contributiva do sujeito passivo, ou seja, a carga tributária se amoldará aos rendimentos do contribuinte, respeitando as diferenças de riqueza existentes entre a população.

À vista do exposto, demonstrada a insubsistência e improcedência da ação fiscal, espera e requer a defendente seja acolhida a presente DEFESA ADMINISTRATIVA, para o fim de julgar IMPROCEDENTE as infrações 01 e 02 do AUTO DE INFRAÇÃO em comento.

A autuante apresentou informação fiscal às fls. 109 e diz que com relação a alegação de inclusão de receita oriunda de venda de mercadorias já tributadas na base de cálculo, esclarece que, em razão da atividade comercial da requerente – bar - esta provavelmente comercializa mercadorias que já tiveram o ICMS pago através da substituição tributária por antecipação, e em assim sendo, parte da receita que compõe a base de cálculo do presente auto de infração são oriundas de mercadorias já tributadas.

Contudo, salienta que baseou-se nas informações prestadas pelo próprio contribuinte para identificar o percentual de receita a ser oferecido à tributação do Simples Nacional, ou seja, utilizou-se as informações registradas nas Reduções Z e na DEFIS - Declaração de Informações Socioeconômicas e Fiscais, mas como autuada não discriminou o montante da receita com substituição tributária, utilizou 100% por cento da receita apurada como base de cálculo do ICMS.

Que ademais, a própria autuada reconhece em sua defesa que, em função de erro operacional do sistema Emissor de Cupom Fiscal - ECF, esta deixou de segregar as receitas para efeito de tributação e, acrescenta-se, não observou o § 4º do Artigo 18 da LC nº 123/06, quando não informou na DEFIS a parte da receita derivada de venda de mercadoria com substituição tributária.

Aduz que no regime jurídico do simples nacional, a base de cálculo dos tributos é constituída da receita bruta auferida pela empresa em cada período de apuração. (Art. 18 da LC nº 123/06), devendo o contribuinte informar na DEFIS - Declaração de Informações Socioeconômicas e Fiscais, o valor das vendas sem substituição tributária de ICMS e o valor das vendas com substituição tributária do ICMS, contudo, a autuada não procedeu dessa forma, conforme pode ser visto nos extratos de apuração do simples nacional, fls. 30 a 53, onde toda receita por ela declarada no período fiscalizado

fora declarada como “*vendas de mercadorias sem substituição tributaria*”, portanto a autuante ficou impossibilitada de identificar o correto percentual de receita a ser tributado.

Acrescenta que a autuada, através de sua contabilidade, foi informada durante o processo de fiscalização de toda situação de erro encontrada quanto a separação das receitas e das implicações fiscais para a empresa, e que mesma é reincidente nesse tipo de infração vez que já sofreu autuação anteriormente pelo mesmo motivo, portanto, as falhas de operação do seu sistema ECF não lhe era desconhecida.

Que quanto ao pedido de exclusão da gorjeta da base de cálculo do ICMS incidente no fornecimento de alimentos e bebidas fornecidas por bares, o Art. 277-A do RICMS/BA determina que a gorjeta fica excluída da base de cálculo do ICMS incidente no fornecimento de alimentação e bebidas promovido por bares, restaurantes, hotéis e estabelecimentos similares, desde que limitada a 10% (dez por cento) do valor da conta (Conv. ICMS 125/11).

Contudo, do mesmo modo, a autuante ficou impossibilitada de excluir da base de cálculo a parcela da receita já tributada pelo ICMS, em função da não segregação da receita por parte da autuada, pois ocorre o mesmo com relação à gorjeta destinada ao garçom, ou seja, a autuada não discriminou em seus controles fiscais internos, o valor correspondente à gorjeta, impedindo a autuante de excluir da base de cálculo do imposto o referido valor.

Observa ainda, que o Art. 277-A do RICMS/BA que trata da exclusão da gorjeta da base de cálculo do ICMS, passou a produzir seus efeitos a partir de 01/08/2013, não contemplando, portanto, todo o período fiscalizado. Quanto à questão suscitada da quebra de sigilo bancário, cumpre dizer que existe previsão legal para que as instituições financeiras informem ao fisco as operações efetuadas com uso de cartões de crédito e de débito.

Aduz que o art. 197 do CTN dá respaldo a que os bancos e demais instituições financeiras prestem ao fisco as informações de que disponham relativamente a negócios ou atividades de terceiros, ao tempo que no seu Art. 198, veda a divulgação, para qualquer fim, por parte da Fazenda Pública ou de seus funcionários, de qualquer informação, obtida em razão do ofício, sob pena de responsabilidade criminal. Contudo, tal questão não é passível de discussão da esfera administrativa.

VOTO

A impugnação suscita 4 aspectos a serem considerados neste voto: a quebra de informações sigilosas protegidas por lei e a consequente nulidade do lançamento por violação do princípio do devido processo legal; a não consideração da proporcionalidade no cálculo das operações oriundas com mercadorias vendidas em regime de substituição tributária, a exemplo de cervejas e refrigerantes, que já adentram no estabelecimento com tributação encerrada; os 10 por cento pagos ao garçom pelos clientes, como gorjetas, que deveriam ser excluídas da base de cálculo por dispositivo de lei, e por fim, a extinção ou redução da multa aplicada, por alegados efeitos confiscatórios, ferindo-se o princípio da razoabilidade.

Quanto à alegada quebra do sigilo, em virtude dos dados fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito, no caso em lide, é certo que o fisco agiu em consonância com a lei, visto que a autorização de acesso a estas informações, está prevista no art. 35-A, da Lei nº 7.014/96:

As administradoras de cartão de crédito ou de débito deverão informar ao fisco estadual o valor referente a cada operação ou prestação efetuada por contribuintes do imposto através de seus sistemas de crédito, débito ou similares.

Nesse sentido, a Lei Complementar nº 105/01 foi regulamentada para disciplinar o envio das informações das Administradoras de cartões sem violar o dever de sigilo obrigatório - art. 2º do Decreto nº 4489/2002, conforme disposto abaixo:

Art. 2º - As informações de que trata este Decreto, referentes às operações financeiras descritas no § 1º do art. 5º da Lei Complementar nº 105, de 2001, serão prestadas, continuamente, em arquivos digitais, de acordo com as especificações definidas pela Secretaria da Receita Federal, e restringir-se-ão a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e com os montantes globais mensalmente movimentados, relativos a

cada usuário, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos efetuados.

Assim, a Justiça tem acolhido a procedência dos lançamentos efetuados com base nas informações prestadas pelos bancos e demais instituições financeiras, a exemplo da ementa abaixo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0001375-96.2014.404.0000/SC. RELATOR: Des. Federal OTÁVIO ROBERTO PAMPLONA

EMENTA:TRIBUTÁRIO.AÇÃO ANULATÓRIA. PROCESSO ADMINISTRATIVO.SIGILO BANCÁRIO. QUEBRA. FINS TRIBUTÁRIOS. POSSIBILIDADE.TRIBUTAÇÃO COM BASE NO ART. 42 DA LEI 9.430/96.PRESUNÇÃO JURIS TANTUM NÃO AFASTADA.

1. Não se desconhece a decisão do eg. STF proferida no julgamento do RE nº 389808/PR, Rel. Min. MARCO AURÉLIO. Todavia, enquanto não houver o exame definitivo acerca da constitucionalidade da quebra de sigilo bancário por todos os Ministros do STF, especialmente nas ADIs nºs 2386-1, 2397-7, 2406-0 e 2446-9, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, a LC 105/2001 goza da presunção de constitucionalidade, não subsistindo motivo para declarar nulo o lançamento.

2. Ademais, este Regional já se posicionou sobre o tema no julgamento da arguição de inconstitucionalidade na AMS nº 2005.72.01.000181-9/SC que, consoante o disposto nos arts. 97 da CF/88 e 480/482 do CPC, vincula os componentes deste Colegiado até decisão definitiva da Suprema Corte.

3. Legítima a apuração dos tributos com base nos valores creditados em conta bancária, na forma do art. 42 da Lei 9.430/96, se, oportunizada a comprovação da origem dos recursos, não houve atendimento. Registre-se, por oportuno, que vem sendo admitida a presunção juris tantum da omissão de receitas, com fundamento no art. 42 da Lei nº 9.430/96, quando o titular da conta bancária creditada não apresenta elementos suficientes para justificar a natureza e origem dos recursos, não sendo óbice ao lançamento o disposto na súmula 182 do TFR.

4. Agravo provido.

Pelo exposto, não acato os argumentos do impugnante quanto às alegações de utilização de informações protegidas pelo sigilo bancário, rejeitando qualquer nulidade do lançamento, sob este viés defensivo.

A defesa também invoca a falta de consideração na base de cálculo, da venda de mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária, assim como o abatimento da base de cálculo, dos 10% destinados aos garçons. Tais fatos não foram contestados pela autuante, que apenas ponderou que se baseou nas informações fiscais prestadas pelo impugnante, e que tais considerações, acerca de incongruências aqui relatadas, foram inclusive levadas ao conhecimento da empresa, ainda na fase de procedimento, não havendo como adotar outra atitude que não a de utilizar-se das informações fornecidas pelo próprio contribuinte, seja quanto à tributação total das mercadorias vendidas, seja quanto à ausência de pagamento de gorjetas aos garçons.

O impugnante traz ao processo, o contrato social à fl. 82/84, o cartão do CNPJ à fl. 85, e às fls. 99/106, a relação de convênios da ST, como prova de que comercializa mercadorias da substituição tributária. É fato que não apresentou qualquer nota fiscal de entrada da aquisição destas mercadorias, elemento indispensável à certeza de que tiveram o imposto totalmente recolhido, já que a comprovação da efetiva retenção e pagamento do imposto na operação anterior, passa obviamente pela comprovação das aquisições acobertadas com notas fiscais, e isto não foi feito. Assim, não é suficiente alegar, reivindicando o fato de ser um comércio de “bar ou restaurante”, é preciso provar que o imposto já foi pago, mediante apresentação de provas incontestáveis, no caso, as notas fiscais de entrada.

Também é certo, que sequer apresentou documentos fiscais de saída, que comprovem operações com estas mercadorias. Trouxe ao processo, apenas evidências de que comercializa itens da substituição tributária, por força de se tratar de um comércio de “bar”, cujas mercadorias predominantemente estão no regime de substituição tributária.

Ora, o contrato social, assim como o cartão do CNPJ não constituem absoluta certeza de tal situação, pois o contribuinte pode inclusive mudar sua atividade e não comunicar ao fisco. Além disso, existem “bares temáticos”, frequentado por crianças, adolescentes, evangélicos, ou pessoas que simplesmente não ingerem bebidas alcoólicas, ou seja, existem bares que nem sequer vendem as bebidas alcoólicas relacionadas nos convênios anexados ao processo, e portanto, sem a dimensão do

que se convencionou ser comumente um bar, de características normais, onde predomina o consumo de tais mercadorias.

É relevante aqui, que a autuante executou o procedimento com base em informações prestadas à fiscalização, onde o próprio impugnante informa, conforme documentos anexados ao processo, que toda a receita declarada está livre de mercadorias do regime de substituição tributária. Entendo que não é possível desconstituir as declarações feitas pelo contribuinte e que serviram de base para o lançamento tributário, com base em meras evidências apresentadas na defesa, sem a prova incontestável de suas alegações.

Além disso, não menos relevante, é o fato de que a autuante diz haver informado ao contribuinte, acerca do que estava declarado por ele próprio ao fisco, sem que se tomasse qualquer atitude para correção das informações fiscais, e mesmo após a autuação, em que dispôs de 30 dias para se defender; desse modo, o impugnante demonstra não ter tomado quaisquer providências, seja no sentido de reunir provas de que vendeu mercadorias cujo imposto já havia sido pago, seja oferecer provas de que a receita informada estava depurada dos alegados 10% pagos ao garçom, obrigando a autuante a efetuar o lançamento com base em documentos produzidos pelo próprio impugnante, e que portanto merecem fé pública, até prova em contrário.

Assim, foi demonstrado nos autos, a existência da diferença entre as vendas declaradas pelo contribuinte e os valores informados pelas financeiras e administradoras de cartões. O lançamento em questão tem por fundamento a presunção prevista no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, o qual ressalva a possibilidade de ser feita prova da improcedência da presunção de que, até prova em contrário, a aludida diferença diz respeito a saídas (vendas) de mercadorias tributáveis sem pagamento de ICMS.

Não houve apresentação de quaisquer documentos fiscais de entrada ou saída de mercadorias e o procedimento foi efetuado conforme declaração das receitas em documentos fiscais, pelo próprio contribuinte, em que ele próprio declara que todas as mercadorias são tributáveis normalmente. Não houve correção das declarações prestadas ao fisco, com as devidas comprovações, tampouco houve comprovação de que fazia jus à redução da base de cálculo, por conta das gorjetas pagas aos garçons. Infrações 1 e 2 procedentes.

Quanto ao efeito confiscatório e desrespeito ao princípio da razoabilidade pelas multas aplicadas, é certo que tais multas estão previstas na Lei e descritas no corpo do auto de infração. Este Conselho não tem competência para apreciar eventuais inconstitucionalidades. No entanto a redução ou desconstituição de multa, por se tratar de descumprimento da obrigação principal, pode ser solicitada à Câmara Superior deste CONSEF, nos termos do art. 159 do RPAF.

Face ao exposto, considero voto pela PROCEDÊNCIA do auto de infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210585.0018/14-3**, lavrado contra **BAR DOM PAPITO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$43.649,94**, acrescido da multa de 75%, prevista nos arts. 34 e 36 da LC nº 123/06, inc. I do art. 44 da Lei Federal nº 9.430/96, com redação dada pela Lei Federal nº 11.488/07, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de outubro de 2014.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO- JULGADOR