

PROCESSO - A I Nº 210585.0018/14-3
RECORRENTE - BAR DOM PAPITO LTDA.
RECORRIDO - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF Nº 0210-05/14
ORIGEM - INFAS VAREJO
INTERNET - 28/09/2015

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0284-12/15

EMENTA: ICMS. 1. VENDAS COM PAGAMENTOS POR MEIO DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS PELO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS POR FINANCIERAS OU ADMINISTRADORAS DE CARTÕES. LEVANTAMENTO DA DIFERENÇA. OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. 2. SIMPLES NACIONAL. ERRO NA APLICAÇÃO DOS PERCENTUAIS E RECEITAS TRIBUTÁVEIS. RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS. Em atendimento à diligência solicitada por esta Câmara, a autuante - após analisar as entradas de mercadorias com fase de tributação encerrada, aplicou corretamente a proporcionalidade prevista na Instrução Normativa 56/2007 e reduziu os valores das infrações 01 e 02. Efetuada a diligência requerida pelo contribuinte. Rejeitada a preliminar de nulidade. Modificada a Decisão recorrida. Recurso Voluntário **PROVIDO EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão contida no Acórdão 5ª JJF nº 0210-05/14, que julgou procedente o Auto de Infração acima epigrafado, lavrado no dia 18/06/2014 para exigir crédito tributário no valor histórico de R\$ 43.649,94, sob a acusação do cometimento das seguintes irregularidades.

INFRAÇÃO 01 - Omissão de saídas tributáveis, presumida em razão de vendas com pagamentos através de cartões em valores inferiores aos informados por instituições financeiras ou administradoras. R\$ 40.146,19 e multa de 75%, prevista nos artigos 34/35 da Lei Complementar 123/2006 e no artigo 44, I da Lei Federal 9.430/1996.

INFRAÇÃO 02 – Recolhimento a menor do ICMS apurado de acordo com o Simples Nacional (falta de pagamento de parte do gravame), devido a erro na informação da receita ou da alíquota aplicável. R\$3.503,75 e multa de 75%, prevista no artigo 35 da Lei Complementar 123/2006 e no artigo 44, I da Lei Federal 9.430/1996.

A Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia de 21/10/2014 e decidiu pela procedência por unanimidade (fls. 117 a 122), nos termos a seguir reproduzidos.

“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:

AGRADO DE INSTRUMENTO N° 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 convenciona 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”.

Com fulcro no art. 169, I, “b” do RPAF-BA/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia, Decreto 7.629/1999), o sujeito passivo interpõe Recurso Voluntário às fls. 134 a 159, no qual inicia aduzindo a tempestividade da peça e sintetizando os fatos.

Em seguida, informa que comercializa produtos sujeitos ao regime de substituição tributária, constantes dos Protocolos ICMS 11/1991, 14/2009 e 20/2005.

Em razão de erro operacional cometido por si, os aludidos itens não foram lançados no campo correto dos respectivos documentos, qual seja, *F1 – PRODUTOS COM ICMS RECOLHIDO ATRAVÉS DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA*.

Em seguida, mencionando o art. 277-A do RICMS-BA/1997 e o Convênio ICMS 125/2011, alega que a autuante tributou quantias relativas a gorjetas (10%), percentual que solicita seja deduzido do montante cobrado. Assinala que muitas vezes os seus clientes, por serem pessoas de alto poder aquisitivo, pagam em cifras superiores àquelas que cobra, relativas às mercadorias, serviços e gorjetas.

Por outro lado, o regime de apuração a que faz jus teria sido desconsiderado (Simples Nacional), uma vez que a autuante teria utilizado a alíquota de 17%.

Prossegue salientando o caráter confidencial das informações prestadas pelas administradoras de cartões, as quais entende deveriam restar limitadas a tais instituições e às sociedades empresárias

que fazem uso deste meio de pagamento, sob pena de quebra de sigilo bancário (artigos 1º e 6º da LC 105/2011).

Transcrevendo doutrina e jurisprudência, invoca os princípios da capacidade contributiva, razoabilidade e proporcionalidade, sob o argumento de que a tributação não pode assumir a natureza de confisco, inclusive no que diz respeito às multas, motivo pelo qual pede a declaração de nulidade dessas.

Por fim, pleiteando diligência, pede que o lançamento de ofício seja julgado improcedente.

O processo foi convertido em diligência pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal (CJF), consoante o documento de fl. 468, com solicitação à autuante de que aplicasse a proporcionalidade prevista na Instrução Normativa 56/2007.

A referida autoridade fiscalizadora juntou informação à fl. 472, na qual destacou a redução dos valores das infrações 01 e 02, respectivamente, de R\$ 40.146,19 para R\$ 4.435,12 e de R\$ 3.503,75 para R\$ 2.922,64.

Intimado (fls. 489/490), o recorrente não se manifestou.

Em função do valor, não há Parecer da PGE/PROFIS nos autos.

VOTO

No que diz respeito à validade do procedimento administrativo e da Decisão recorrida, que analisou todas as questões suscitadas na impugnação, a autuante e os julgadores de primeira instância expuseram com clareza a fundamentação de fato e de direito, descreveram as acusações, indicando os documentos e demonstrativos com seus dados e cálculos, assim como apontando o embasamento jurídico, que se mostra correto, claro e compreensível.

Não foi identificada violação ao princípio da busca da verdade material, do devido processo legal ou a quaisquer outros de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal (art. 2º, Decreto nº 7.629/1999), tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizada nos aspectos abordados na impugnação e no Recurso.

Relativamente à questão do sigilo bancário, o procedimento adotado pelo Fisco tem amparo nos artigos 4º, § 4º, VI e 35-A da Lei 7.014/1996, bem como na cláusula primeira do Convênio ECF 01/2001, dispositivos cuja eficácia não pode ser negada por este órgão, a teor do art. 167, I e III do RPAF-BA/1999, o qual também impede a análise da natureza das multas, as quais o sujeito passivo afirmou serem desproporcionais e confiscatórias.

Cláusula primeira O contribuinte usuário de ECF 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, até a data, na forma, nos prazos e relativamente aos períodos determinados pela legislação de cada unidade federada, o faturamento do estabelecimento usuário do equipamento.

Rejeitada a preliminar de nulidade.

Uma diligência já foi efetuada e não há necessidade de outra, pois todos os elementos necessários e suficientes para formar a convicção dos membros desta Câmara constam dos presentes autos (art. 147, I, “a”, RPAF-BA/1999).

No mérito, observo, às fls. 01 e 02 e nos demonstrativos de fls. 483 a 486, principalmente nas colunas “Aliq.” e “ALIQ. ICMS (G)”, que não assiste razão ao recorrente ao aduzir que a apuração nos moldes do Simples Nacional foi desconsiderada quando do cálculo das quantias devidas. Ou seja, não há tributação à alíquota de 17%.

Com relação às gorjetas e aos pagamentos efetuados por clientes de alto poder aquisitivo, em montantes supostamente superiores aos cobrados pelo recorrente nas refeições, as respectivas

provas não foram juntadas ao processo, fato que reclama a aplicação do art. 143 do RPAF-BA/1999.

De acordo com o que foi dito no Relatório supra, em cumprimento à diligência solicitada por esta Câmara à fl. 468, a autuante - após analisar as entradas de mercadorias com fase de tributação encerrada, aplicou corretamente a proporcionalidade prevista na Instrução Normativa 56/2007 e reduziu os valores das infrações 01 e 02, respectivamente, de R\$ 40.146,19 para R\$ 4.435,12 e de R\$ 3.503,75 para R\$ 2.922,64.

Em face do Exposto, acolho a mencionada revisão e voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 210585.0018/14-3, lavrado contra **BAR DOM PAPITO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor na cifra de **R\$ 7.938,87**, acrescido da multa de 75%, prevista nos arts. 34 e 36 da LC nº 123/2006, e inc. I do art. 44 da Lei Federal nº 9.430/1996, com a redação dada pela Lei Federal nº 11.488/2007, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de setembro de 2015

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

PAULO DANILLO REIS LOPES – RELATOR

ELDER DOS SANTOS VERÇOSA – REPR. DA PGE/PROFIS