

A. I. Nº - 281211.0022/10-1  
AUTUADO - L.L.C. DE CERQUEIRA  
AUTUANTE - TERTULIANO ESTEVÃO DE PINHO ALMEIDA  
ORIGEM - INFAZ VAREJO  
INTERNET 30.03.2012

#### 5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0088-05/12

**EMENTA:** ICMS. VENDAS ATRAVÉS DE CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A apuração de saídas em valor inferior ao valor total fornecido por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito enseja a presunção de que o sujeito passivo efetuou saídas de mercadorias tributadas sem pagamento do imposto devido. O diligente de posse dos cupons fiscais emitidos pelo contribuinte, no período objeto da autuação, considerou os valores constantes na Redução Z, das saídas por meio de vendas através de cartões de crédito/débito, o que resultou na diminuição do valor do ICMS exigido. Preliminares de nulidade rejeitadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE** Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 21/09/2010, exige ICMS no valor de R\$52.355,25, através da seguinte infração: *“Omissão de saída de mercadoria tributada 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”*. Multa de 70% - 05.08.01;

O autuado apresenta impugnação de fls.75/86, aduz que não tem como prosperar a imputação, vez que tais operações foram efetivadas com a observância de todos os ditames legais, inclusive, com o regular recolhimento dos tributos incidentes em cada operação.

Suscitou preliminar de nulidade quanto à irregularidade do lançamento, pois a Constituição Federal vigente, art. 5º, LV, prevê aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o direito ao contraditório à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Disse ainda que não por outra razão, o legislador estadual fixou as premissas de formalização de lançamento “ex-officio”, conforme se destaca da leitura do art. 17 do RPAF, o que confere aos contribuintes uma segurança jurídica e, principalmente, a obediência aos ditames constitucionais. Ademais, o seu desatendimento gera a nulidade do Auto de Infração, conforme o art. 4º do RPAF.

Reclama que o Auto de Infração não traz prova acerca da efetivação das referidas *“vendas com pagamento em cartão de crédito ou de débito”*, com isso a ampla defesa só estará plenamente exercitável e respeitada, se forem resguardadas ao contribuinte a possibilidade de refutar os fatos, as infrações e valores imputados contra si, ao tempo da análise perfunctória das provas trazidas à colação, aptas a indicar o desatendimento de obrigação tributária. Transcreve jurisprudência neste sentido (Ac un. da 2ª T do STJ - Resp -48.516/SP - Rel. Min. - j. 23.09.97 - Recte.: Município de São Paulo; Recda.: Academia de Bilhar e Bar La a Ltda. - DJU 1 13.10.97, p. 51.553 - ementa oficial).

Requer a nulidade do Auto de Infração por vício insanável que lhe macula a validade, haja vista o não atendimento das formalidades legais, tampouco a apresentação de provas aptas, a legitimar o lançamento de ofício.

Novamente, suscita a preliminar de nulidade do Auto de Infração sob a ilegalidade do ato da Autoridade Fiscal, residente na quebra do sigilo bancário do autuado, em desatendimento aos requisitos necessários a tal excepcionalidade. Cita o art. 5º, inciso XII da C.Federal, e ensinamentos do professor Tércio Sampaio Ferraz (*Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo: Revista dos Tribunais, pg. 01/78) que trata da inviolabilidade constitucional da privacidade dos dados bancários e fiscais.

Argumenta que, com efeito, o sigilo bancário somente pode e deve ser quebrado por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que lei específica estabelecer. As autoridades administrativas, ao violar o sigilo desses dados sem maiores formalidades, e utilizando dos mesmos para instauração de procedimento administrativo fiscal, perpetram grave lesão a direito de matriz constitucional.

Transcreve ensinamento do professor Alexandre de Moraes e manifesta que a jurisprudência predominante no STF e no STJ é no sentido de que o sigilo bancário situa-se no âmbito da privacidade da vida do cidadão e que apenas pode ser violado mediante autorização judicial, desde que **preenchidos rigorosamente os requisitos para tal ato** (1ª T. Resp nº 37.566-5/RS – Rel. Min. Demócrito Reinaldo – Ementário STJ nº 09/313).

Transcreve julgado proferido pelo Conselho de Contribuinte do Ministério da Fazenda que sinaliza a gravidade do não-atendimento à legalidade, (Recurso Voluntário nº 099082 - Processo Administrativo nº 10935.000575/96-14). A Administração Pública tem o mister de sujeitar-se, dentre outros, ao princípio da legalidade e eficiência e, apresentou também jurisprudência já consagrada pela mais alta Corte do país (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL), que editou a Súmula 473.

Repetiu que a fiscalização foi realizada de forma irregular por não obedecer aos ditames legais (art. 5º, XII, da C.F./88), e essa inobservância levou o Agente a conclusões equivocadas, desprovidas de maiores cuidados com os elementos jurídicos concernentes às circunstâncias dos autos.

Destaca a inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos e, independentemente da apreciação do mérito, o Auto de Infração fustigado se torna Nulo, por ser notória a violação aos princípios da legalidade e da segurança jurídica dos atos administrativos. Pede a Improcedência do Auto de Infração.

O autuante presta informação fiscal, fls. 90/91, esclarece que o Auto de Infração foi gerado em razão de o contribuinte ter deixado de recolher o ICMS proveniente das vendas, sendo estes valores disponibilizados pelas Administradoras de Cartões de Débitos e de Créditos, referente ao período de janeiro a julho de 2009, ocasionando uma evasão tributária da ordem de R\$52.355,28.

Esclarece que os trabalhos da fiscalização foram desenvolvidos em razão da Ordem de Serviço nº 507573/10, onde apurou a falta de recolhimento do ICMS, cujo fundamento encontra amparo na Lei Estadual nº 9.837/05, publicada no Diário Oficial do Estado de 20/12/2005, art. 6º, V.

Salienta que, embora a representante do contribuinte apresente farto material jurídico para sustentar a ilegalidade das ações cometidas, teria que fazer referência ao texto legal que amparou a fiscalização (o art. 35-A da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei Estadual nº 9.837/05), no entanto, não o fez, pois tal legislação a faria compreender que os atos praticados, para a geração do Auto de Infração estão plenamente amparados pela legislação estadual, e sem nenhum desrespeito às normas constitucionais como, insistentemente, tentou demonstrar no decurso da sua defesa.

Requer a manutenção do débito, consequentemente, a procedência do Auto de Infração.

A 5ª JJF deliberou que o presente processo administrativo fiscal retornasse à inspetoria fazendária para a adoção das seguintes providências: (fl.94)

***I – Autuante:***

*1 – Juntar ao PAF e entregar ao autuado, com declaração expressa e assinatura, cópias dos Relatórios de Informações TEF – Diários;*

*2 – de posse dos documentos constante do processo e daqueles que venham a ser juntados aos autos, obtidos do sistema de controle interno da SEFAZ, do autuado, ou junto à administradora de cartões, elaborar planilha comparativa de vendas por meio de cartão de crédito/débito, registrando mensalmente, as vendas com cartão constantes da Redução Z e de Notas fiscais, se for o caso, em seguida, deduzi-los das vendas com cartão informadas pelas administradoras indicando as diferenças apuradas, estabelecer a proporcionalidade na forma prevista da Instrução Normativa nº 56/2007, apurar a nova base de cálculo e o valor do imposto efetivamente devido.*

***II – Inspetoria Fazendária:***

*a) fazer entrega ao autuado de cópias dos novos demonstrativos elaborados pelo autuante, e deste pedido de diligência, mediante recibo a ser juntado aos autos;*

*b) reabrir o prazo de defesa 30 (trinta) dias, para que o autuado possa se manifestar, se quiser;*

*c) caso o autuado se pronuncie, encaminhar o processo para o autuante produzir nova informação fiscal.*

O diligente em atendimento ao pedido acima formulado, de posse dos cupons fiscais emitidos pelo contribuinte, no período objeto da autuação, considerou os valores constantes na Redução Z, das saídas por meio de vendas através de cartões de crédito/débito, o que resultou na diminuição do valor do ICMS exigido para R\$ 7.956,86, consoante a planilha de fl. 98 do PAF.

Após o atendimento da diligência, conforme recibo de juntada do Relatório Diário de Operações TEF, fl. 97, não houve nova manifestação do autuado nem do autuante.

**VOTO**

Inicialmente, constato que o auto de infração em lide foi lavrado com estrita obediência ao art. 39 do RPAF/99, a infração está descrita de forma correta, clara, e os demonstrativos encontram-se anexos e fazem parte integrante do lançamento, inclusive o Relatório Diário de Operações TEF, que foi entregue posteriormente, mas reaberto o prazo de defesa, salvaguardando desta forma os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Assim, o pedido de nulidade do lançamento tributário não encontra guarida nas hipóteses do art. 18 do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99).

Destaco também, que não se inclui na competência deste órgão julgador a apreciação de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo, a teor do disposto no art. 167, I do RPAF/99. Outrossim, as provas coletadas pelo autuante encontram-se nos autos, e não foram trazidas por meios ilícitos, como quer fazer crer o defendente.

Desta forma, passo à análise do mérito, vez que o Auto de Infração encontra-se apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais, sem a pecha de nulidade, por não conter vícios em sua feitura.

No mérito, está sendo exigido ICMS relativo à omissão de saídas de mercadorias detectada por meio de cartões de crédito/débito, onde foram apuradas vendas com pagamento nesta modalidade, em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

De acordo com o disposto no art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, “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.”

O art. 35-A da Lei 7.014/96, dispõe que “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”, o que foi feito, e o contribuinte teve acesso por meio do Relatório Diário de Operações TEF. Portanto não houve ilegalidade quanto á informações prestadas ao fisco, pelas administradoras de cartões de crédito/débito, como alega o defendente.

Com o intuito de sanear o processo, foi fornecido ao autuado o Relatório Diário de Operações TEF, em papel, e reaberto o prazo de defesa, ocasião em que o diligente, de posse dos cupons fiscais emitidos pelo contribuinte, no período objeto da autuação, considerou os valores constantes na Redução Z, das saídas por meio de vendas através de cartões de crédito/débito, o que resultou na diminuição do valor do ICMS exigido para R\$ 7.956,86, consoante a planilha de fl. 98 do PAF.

Concordo com o resultado da diligência, ao tempo em que ressalto que o sujeito passivo, após ser cientificado não mais se manifestou.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281211.0022/10-1**, lavrado contra **L.L.C. DE CERQUEIRA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 7.956,86**, 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, 22 de março de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR