



Nº do processo-GDOC	Nome do Interessado	Nº da Insc. Est. ou CPF
1000374-556971/2011	LUANA LONGUINHO DE SOUZA –ME.	148.225.839.110
ASSUNTO: AIIM nº 3.150.500-4 de 07/06/2011.		
RELATOR: CARLOS ALBERTO FRANK LEME		
EMENTA		
DEIXAR DE PAGAR ICMS- APURADO POR MEIO DE LEVANTAMENTO FISCAL REALIZADO COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 509 DO RICMS/00. MOVIMENTO REAL TRIBUTÁVEL APURADO COM BASE NAS INFORMAÇÕES FORNECIDAS PELAS EMPRESAS ADMINISTRADORAS DE CARTÕES DE CRÉDITO E /OU DÉBITO. OBTENÇÃO DO FISCO DE DOCUMENTOS COM INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL- INOCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DA LEI 12.294/2006. MANTIDO O AIIM.		

1. A empresa em epígrafe, foi autuada por:

I-1. Deixar de pagar o ICMS no montante de R\$ 515.280,94 (quinhentos e quinze mil, duzentos e oitenta reais e noventa e quatro centavos), nos períodos de apuração das competências dos meses de abril a novembro de 2009, valor este apurado por meio de levantamento fiscal realizado com fundamento nos artigos 509 e 509-A, inciso VI, do RICMS/00 (Dec. 45.490/00), conforme demonstrativo constante do Anexo V-B, referente ao exercício de 2009, juntados ao presente. O movimento real tributável foi apurado com base nas informações fornecidas pelas empresas administradoras de cartões de crédito e/ou débito, de acordo com disposto no inciso X do artigo 75 da Lei nº. 6.374/89 (acrescentado pelo artigo 2º da Lei nº. 12.294/06), no inciso X do artigo 494 do Regulamento do ICMS/2000 e na Portaria CAT-87/2006. A apuração das diferenças mensais de levantamento foi feita conforme descrito no Relatório Circunstanciado em anexo e, sobre estes valores, foi calculado o ICMS à alíquota de 18% (dezoito por cento).

Infringiu desse modo os artigos 58, 87, 215, 223, e 253, todos do RICMS (Decreto 45.490/00).

A multa foi imposta de acordo com o artigo 527, inciso I, alínea "a", c/c os §§ 1º e 10 do RICMS (Decreto 45.490/00).

II-2. Deixar de pagar o ICMS no montante de R\$ 113.282,70 (cento e treze mil, duzentos e oitenta e dois reais e setenta centavos), nos períodos de apuração de competência do mês de dezembro de 2009, valor este apurado por meio de levantamento fiscal realizado com fundamento nos artigos 509 e 509-A, inciso VI, do RICMS/00 (Dec. 45.490/00), conforme demonstrativo constante do Anexo V-B, referente ao exercício de 2009, juntados ao presente. O movimento real tributável foi apurado com base nas informações fornecidas pelas empresas administradoras de cartões de crédito e/ou débito, de acordo com disposto no inciso X do artigo 75 da Lei nº. 6.374/89 (acrescentado pelo artigo 2º da Lei nº. 12.294/06), no inciso X do artigo 494 do Regulamento do ICMS/2000 e na Portaria CAT-87/2006. A apuração das diferenças mensais de levantamento foi feita conforme descrito no Relatório Circunstanciado em anexo e, sobre estes valores, foi calculado o ICMS à alíquota de 18% (dezoito por cento).



Infringiu desse modo os artigos 58, 87, 215, 223, e 253, todos do RICMS (Decreto 45.490/00).

A multa foi imposta de acordo com o artigo 85, inciso I, alínea "a", c/c os §§ 1º, 9º e 10 da Lei 6.374/89.

2. Regularmente notificada em fls. 02, 03 e 05, a empresa apresentou a sua defesa, em fls. 119/125, com as seguintes manifestações em síntese que:

* Não foram observados na lavratura do lançamento de ofício preceitos constitucionais e outros insertos e Lei Complementar à Constituição do Estado de São Paulo;

* A base para o lançamento de ofício foram documentos obtidos ilicitamente e sem observância do devido processo legal. Não houve levantamento fiscal no sentido técnico que se agrega à expressão;

* O que fez o Fisco foi notificar administradoras de cartões de crédito, sem autorização da empresa ora defendente;

* Como os cartões expressam relações jurídicas de natureza privada, nada consente ter os valores espelhados neles como advindos de vendas de mercadorias tributadas, sem documentação fiscal;

* As supostas diferenças não o são, em verdade, porque consubstanciam os dados obtidos sem autorização dos interessados, relevando invasão de suas vidas privadas e sem qualquer prova material das irrogadas infrações;

* Não houve sequer o trabalho de cotejar os valores dos cartões com as vendas registradas e a forma de pagamento delas;

* Na verdade houve arbitramento, baseado em meros indícios ou suposições, como se fora presunção legal, mas não é;

* Vale trazer à baila decisão tomada por outra unidade de julgamento em processo semelhante, o qual, embora pendente de decisão final administrativa, traz em seu bojo o melhor direito aplicável à espécie;

* Por final, pede a insubsistência do feito, tendo em vista as nulidades apontadas e também a insuficiência do meio probatório obtido.

3. **De acordo com as novas determinações do Decreto 54.486/09 em seu artigo 101, o presente processo foi encaminhado ao AFR autuante para que o mesmo se manifestasse, sendo que em fls. 138/147 expôs em síntese que:**

* A autuada em sua peça de defesa não apresentou argumentos nem provas cabais que pudessem ilidir o feito fiscal ou levassem a declaração de nulidade do presente AIIM;



- * Em relação ao AIIM lavrado com base nos mesmos fundamentos e circunstâncias considerado como improcedente em decisão de 1ª instância, tal decisão não encerrou o processo administrativo;
- * Da decisão contrária à Fazenda Pública do Estado foi interposto Recurso de Ofício, analisado pela Colenda 16ª Câmara que manteve por maioria de votos o AIIM impugnado;
- * O arcabouço legal que ampara o presente trabalho fiscal é claro e cristalino no que tange ao uso direto das informações prestadas pelas administradoras de cartão de crédito como ferramenta e prova da fiscalização;
- * Relata a Portaria CAT 87/06, nos artigos 33, 34 e 34-A da Portaria CAT 55/98, no Convênio ECF nº. 01/98 e suas alterações, nos artigos 61, 62 e 63 da Lei nº. 9.532/97, no inciso X do art. 75 da Lei nº. 6.374/89 e, principalmente, no artigo 5º, § 4º da Lei Complementar nº. 105/01;
- * Em nenhum dos textos legais depreende-se condicionantes para o uso direto na fiscalização das informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito;
- * É premissa do Direito e de quem o aplica questionar a constitucionalidade de qualquer dispositivo legal posto, mas também é indubitável que não pode ser feito no novo Contencioso Administrativo Tributário;
- * Em relação ao argumento de que não foi feito o levantamento fiscal no sentido técnico da expressão, conforme prevê o art. 509 do RICMS/00, é importante destacar que o caput deste art. utiliza a expressão “... em que poderão ser considerados, isolados ou conjuntamente, os valores...”;
- * A diferença do movimento tributável originou-se do confronto entre os totais mensais dos valores informados pelas empresas administradoras de cartões de crédito e de débito, acrescidos dos valores mensais de vendas feitas com outros meios de pagamento informados pelo autuado;
- * O presente levantamento fiscal não utilizou o arbitramento de valores ou preços previsto no art. 148 do CTN;
- * Padece de fundamentos a alegação do acusado de que o presente AIIM deveria ser considerado improcedente;
- * Os documentos que instruem o presente AIIM nos trazem a certeza de que a receita omitida decorre de operações tributadas;
- * Entendemos que os argumentos da defendente não merecem guarida;

4.

VISTOS.

DECIDO:

Diante dos fatos elencados no presente processo, observa-se que:



O Presente Contencioso Administrativo teve a sua origem através da constatação de que a autuada infringiu o Regulamento do ICMS, por deixar de pagar o ICMS por omissão de receitas tributadas, apuradas através de levantamento fiscal (Itens I-1 e II-2).

Portanto, devido à consonância infracional entre os referidos itens, passo a delinear-los em conjunto nesta decisão administrativa.

Foram anexados aos autos, para comprovação da infração, planilhas elaboradas pelo fisco onde consta o valor da movimentação efetuada através de cartões de débito e crédito informado pelas administradoras em contrapartida com os valores declarados pela autuada na declaração do simples, demonstrando a diferença nos valores das vendas efetuadas.

Em suas iniciais, a defesa enfoca que não foram observados na lavratura os preceitos constitucionais e outros insertos em Lei Complementar à Constituição do Estado de São Paulo.

Reclama que os documentos foram obtidos ilicitamente e que não houve levantamento fiscal no sentido técnico.

Entende ainda que houve um arbitramento baseado em meros indícios ou suposições.

Preliminarmente cabe-me observar que o processo administrativo foi corretamente instaurado. Existe uma correlação entre a infração e os dados como infringidos, vez que os mesmos subsumem perfeitamente o fato à norma. Os documentos juntados aos autos pelo fisco comprovam a saciedade que a autuada cometeu a infração que lhe foi imposta e que o crédito tributário regularmente constituído pelo Agente Fiscal de Rendas só pode ser modificado ou extinto, ou ter a sua exigibilidade suspensa ou excluída nos casos expressamente previstos no CTN. Essa é a regra que encontramos no artigo 141 do citado código, que assim estabelece:

“Artigo 141 - O crédito tributário regularmente constituído somente se modifica ou extingue, ou tem sua exigibilidade suspensa ou excluída, nos casos previstos nesta Lei, fora dos quais não podem ser dispensadas, sob pena de responsabilidade funcional, na forma da Lei, a sua efetivação ou as respectivas garantias.”

O ato administrativo executado pela fiscalização paulista está dentro da mais estrita legalidade e, principalmente está em consonância com os princípios elencados no artigo 37 da Constituição Federal: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Há que se deixar assente, que não há vício no Auto de Infração inicial que cause a sua nulidade. Por outro lado, o levantamento fiscal está previsto no artigo 74 da Lei 6.374/89, bem como no artigo 509 do Decreto 45.490/2000, regulamentador da citada Lei, e a capitulação das infrações e das penalidades está conforme a legislação pertinente, enquadradas nos dispositivos do citado Decreto, que são decorrentes da Lei 6.374/89.

É bem de se ver que a Constituição Federal norteia o regramento jurídico, atribuindo às Leis Complementares a competência para determinar os momentos e maneiras em que deve ser feita a apuração do tributo, deixando para as Leis Ordinárias, Decretos, Portarias e demais objetos previstos na legislação para regulamentarem as obrigações acessórias, que possibilitam a administração do tributo por parte da Secretaria da Fazenda, bem como os procedimentos tendentes a verificar a ocorrência de práticas sonegatórias do imposto.



O levantamento fiscal consiste na verificação de todos os meios disponíveis para inferir a regularidade com que o contribuinte exerceu suas atividades, indo desde a escrituração dos livros fiscais até os livros contábeis, comparando-os, verificando à medida que convergem para um mesmo resultado. Para isso utiliza-se, inclusive, das contas de resultado, ou seja, das receitas e despesas do estabelecimento.

O fisco arrecadou, frisa-se **de forma perfeitamente legal (Lei 12.294/2006)**, junto às empresas administradoras de cartões de crédito, dados relativos às operações efetuadas pelo contribuinte, e apurou que foram omitidas das demonstrações e escrituração do autuado, as vendas referentes às operações com cartões de crédito e débito, conforme discriminado no demonstrativo de fls. 23 e 31.

Em relação ao seu entendimento de que as provas carreadas foram colhidas em desacordo com a legislação de regência. Entendo que não há necessidade de procedimento formal prévio para requisição e utilização de informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito.

Há que se levar em consideração que quando do envio, pelo Sr Secretário da Fazenda do projeto de lei para aprovação da Assembléia Legislativa deixou claro essa obrigação às Administradoras de Cartões, de prestar informações de interesse fiscal:

o artigo 2º da minuta introduz os seguintes dispositivos à Lei 6.374/89:

(...)

2 - o inciso 11 acrescenta os incisos X e XI ao artigo 75 para incluir dentre aqueles que não podem embaraçar a ação fiscal e estão obrigados, mediante notificação escrita, a exhibir ao fisco impressos, documentos, livros e arquivos magnéticos relacionados com o ICMS, bem como prestar informações solicitadas pelo fisco:

a) as administradoras de cartão de crédito ou débito, relativamente às operações ou prestações de serviços realizadas por contribuinte do ICMS. Informações estas não enquadradas na categoria de "dados confidenciais". Ademais, ainda que se tratasse de informações armazenadas em instituições financeiras, não haveria qualquer óbice jurídico a que a fiscalização fazendária tivesse acesso a esses dados, em razão da competência desta para examinar a totalidade das contas existentes na contabilidade do contribuinte dentre as quais a conta "Bancos".

Vejamos a redação final desse dispositivo:

Artigo 75 - Não podem embaraçar a ação fiscalizadora e, mediante notificação escrita, são obrigados a exhibir os impressos, os documentos, os livros, os programas e os arquivos magnéticos relacionados com o imposto e a prestar informações solicitadas pelo fisco: (...)

X - as empresas administradoras de cartões de crédito ou débito, relativamente às operações ou prestações de serviço realizadas por contribuinte do imposto; (Inciso acrescentado pela Lei 12.294/06 de 06-03-2006; DOE 07-03-2006; Efeitos a partir de 07-03-2006)



Nessas condições, a prestação de informações pelas instituições financeiras, entre elas as administradoras de cartões de crédito, não constitui violação do dever de sigilo.

Assim, nenhum vício há no recebimento das informações consolidadas relativas a operações de crédito ou de débito realizadas pelos estabelecimentos de contribuintes do ICMS localizadas neste Estado, como preconizado na Portaria CAT 87/06.

O exame dessas informações pelas autoridades e agentes fiscais, no entanto, só pode se dar "quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente", como ressalvado no art. 60 da LC 105/01.

No presente caso verifico que o exame das informações fornecidas pelas administradoras de cartões foi precedido de uma Ordem de Serviço Fiscal, estando o agente fiscal autorizado por um ato formal da Administração a acessar e examinar esses dados.

Também não restam dúvidas sobre a indispensável necessidade desses dados para a fiscalização realizada, pois constituem na principal prova do ilícito cometido.

O trabalho fiscal se baseia do confronto da **RECEITA BRUTA** declarada à Secretaria da Fazenda, com os valores informados pela **Administradora de cartões**, nas operações de crédito e débito. Observa-se que os valores declarados pelo contribuinte à SEFAZ são menores aos apurados na Administradora de cartões, redundando na falta de pagamento do imposto nas operações de saídas de mercadorias, apurado através do procedimento fiscal denominado *levantamento fiscal*, com base no artigo 509 do RICMS a que se refere o Decreto 45.490/00, "in verbis":

"Artigo 509 - O movimento real tributável realizado pelo estabelecimento em determinado período poderá ser apurado por meio de levantamento fiscal, em que deverão ser considerados os valores das mercadorias entradas, das mercadorias saídas, dos estoques inicial e final, dos serviços recebidos e dos prestados, das despesas, dos outros encargos, do lucro do estabelecimento e de outros elementos informativos (Lei 6.374/89, art. 74)."

Nesse passo é que o fisco, tendo arrecadado, junto às operadoras de cartões de crédito, movimentação referente às operações praticadas pelos contribuintes paulistas, de acordo com o que prescreve a legislação, Portaria CAT-87/2006, verificou divergência nos valores apurados pelo contribuinte. Por esse fato, lavrou-se o presente lançamento de ofício, através do auto de infração sob exame.

Essa prática sonegatória é perfeitamente visível quando não há congruência entre as informações prestadas pelos contribuintes e pelas administradoras de cartões de crédito. Estas últimas informam os valores que foram por ela recebidos dos que se utilizam deste meio para financiar as vendas a consumidores, estando perfeitamente prevista legalmente.




Carlos A. F. Leme

Deste modo, é óbvia a presunção de que houve omissão de receitas, em decorrência dos indícios, através dos quais se infere a existência e modo de ser do fato principal, extraindo-se a convicção da existência do fato constitutivo, e a documentação arrolada aos autos firmam a convicção de que esses indícios são verdadeiros, por estarem evidentes. Desse modo, a presunção nada mais é do que um meio de prova, o qual, de um fato provado (omissão de receitas), chega-se à conclusão da existência de outro (vendas), que é o relevante para produzir a seqüência pretendida.

A presunção na qual se baseia a lavratura de autos de infração decorrentes de diferenças de levantamentos, também chamada de “presunção legal condicional ou relativa”, é aquela em que a Lei tem um fato como verdadeiro, dispensando de provas aquele que tem a presunção a seu favor e remetendo a obrigação de destruí-la com provas plenas e líquidas à parte contrária. Poderá, portanto, a contribuinte, a qualquer tempo, contestar a lavratura do AIIM com base em argumentos contábeis ou trazendo aos autos provas que invalidem a pretensão fiscal.

A presente situação permite que os demonstrativos sejam admitidos como elemento de prova, desde que as operações, prestações ou eventos estejam individualmente discriminados, nos termos do artigo 73 do Decreto 46.674, de 09/04/2002. Assim, diante desse procedimento fiscalizatório, deveria a contribuinte *apontar os erros ou incorreções eventualmente existentes nos demonstrativos anexados ao auto de infração, fazendo-o de forma objetiva, com indicação precisa do erro ou incorreção encontrada e com apresentação da correspondente comprovação, sob pena de se terem por exatos os dados nele constantes* (§ 1º do art. 73 do Dec. 46.674/02).

Todavia, o que falta à defesa é comprovação de lançamento contábil para contrapor a acusação de que houve omissão quanto aos valores apurados através do procedimento fiscalizatório denominado “levantamento fiscal”. A escrituração contábil em livros próprios faz prova absoluta para a contribuinte e relativa para o Fisco, sendo que a escrituração fiscal é o marco inicial para elaboração desse trabalho, o que vale dizer que a presunção inquirida se prevalece diante da negativa de dados concretos.

Cabia a autuada oferecer a contra prova e os elementos que julgasse necessários a contradizer o valor lançado pelo fisco. O que não fez, quando instada (fls. 07 e 11). Infere-se, portanto, que não há qualquer dúvida quanto ao montante apurado pelo fisco, posto que baseado no demonstrativo já citado e extraídas as informações dos dados fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito, e não em alegativas vagas e incertas e desprovidas de documentação probatória, como é o caso da defesa.

Assim, a infração descrita no Auto de Infração inicial subsume-se às hipóteses previstas no Regulamento do ICMS. Portanto, está correta a aplicação dos artigos tido como infringidos no AIIM de fls. 02.

Portanto, os documentos e informações constantes do processo cristalizam a infração praticada, refletindo-a como um espelho, o que, por conseguinte, elimina todos os argumentos aventados pelo defendente, reconhecendo-se que o quadro probatório, enfim, milita francamente a favor do fisco.

Diante do exposto, julgo PROCEDENTE o AIIM epigrafado, por infringência os artigos:



SECRETARIA DA FAZENDA
DELEGACIA TRIBUTÁRIA DE JULGAMENTO – DTJ2-CAMPINAS
Unidade de Julgamento de Sorocaba
Praça Cel. Benedito Pires nº34 – Centro – Sorocaba/SP fone 3224-9829

Fls. 156

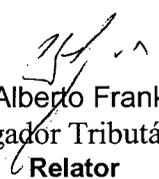

Carlos A. F. Leme

58, 87, 215, 223, e 253, todos do RICMS (Decreto 45.490/00) e mantenho a multa de R\$ 635.204,00 (seiscentos e trinta e cinco mil, duzentos e quatro reais), imposta de acordo com o artigo 527, inciso I, alínea "a", c/c os §§ 1º e 10, do mesmo artigo do referido Regulamento, **para o Item I-1;**

58, 87, 215, 223, e 253, todos do RICMS (Decreto 45.490/00) e mantenho a multa de R\$ 138.585,00 (cento e trinta e oito mil, quinhentos e oitenta e cinco reais), imposta de acordo com o artigo 85, inciso I, alínea "a", c/c os §§ 1º, 9º e 10, da Lei 6.374/89, **para o Item II-2;**

Totalizando o montante da multa de R\$ 773.789,00 (setecentos e setenta e três mil, setecentos e oitenta e nove reais), sem prejuízo de recolhimento do imposto de R\$ 628.569,64 (seiscentos e vinte e oito mil, quinhentos e sessenta e nove reais e sessenta e quatro centavos.

U.J.-Sorocaba, em 22 de agosto de 2011.


Carlos Alberto Frank Leme
Julgador Tributário
Relator