



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA
5ª JULGADORA

PROCESSO Nº
DRTC - 14 - 82840/2011

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

RECORRENTE	FOCOS ROUPAS E ARTIGOS ESPORTIVOS LTDA.				
RECORRIDO	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL				
RELATOR(A)	ANDRÉ FELIX RICOTTA DE OLIVEIRA	AIIM	3.145406-9	S. ORAL	NÃO

EMENTA

ICMS - OPERAÇÃO CARTÃO VERMELHO - LEVANTAMENTO FISCAL REALIZADO ATRAVÉS DAS INFORMAÇÕES OBTIDAS JUNTO ÀS OPERADORAS DE CARTÃO DE CRÉDITO COMPARADAS COM OS VALORES LANÇADOS EM GIA's VALORES E INFORMAÇÕES JUNTO ÀS OPERADORAS DE CARTÃO DE CRÉDITO ANTES DE INICIADA A FISCALIZAÇÃO DESRESPEITA AS DETERMINAÇÕES DA LC 105/01.

Não foi observada a determinação do art. 6º da Lei Complementar nº 105/01 e as determinações da Portaria CAT 12/10, pois o AFR autuante já possuiu as informações junto às operadoras de cartão de crédito antes de iniciado o procedimento fiscal.

RECURSO ORDINÁRIO QUE SE DÁ PROVIMENTO.

CAPITULAÇÃO DA INFRAÇÃO	CAPITULAÇÃO DA MULTA
- Art. 58, art. 215, art. 87, art. 215, art. 223 e art. 253, do RICMS/00.	- Art. 527, inc. I, alínea "a" c/c §§ 1º e 10 do RICMS/00.

RELATÓRIO

1. Trata-se de Recurso Ordinário interposto, tempestivamente, contra a r. decisão proferida pelo D. Julgador "a quo" que julgou procedente o AIIM exordial, o qual acusa o Contribuinte de deixar de pagar o ICMS no montante de R\$ 780.860,00, nos períodos de janeiro de 2006 a dezembro de 2006, janeiro de 2007 a junho de 2007, setembro de 2007 a dezembro de 2007, janeiro de 2008 a dezembro de 2008 e de janeiro de 2009 a dezembro de 2009, apurado com base em informações fornecidas por empresas administradoras de cartão de crédito e/ou débito.

2. O D. Julgador "a quo" julgou procedente a acusação fiscal por entender que,



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA
5ª JULGADORA

PROCESSO Nº
DRTG - 14 - 82840/2011

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

não houve quebra de sigilo de dados, uma vez que as informações obtidas pelo fisco são aquela que o próprio contribuinte teria obrigação de fornecê-lo, bem como o procedimento realizado possui amparo em lei válida, vigente e eficaz.

3. Afirmou ainda que não houve cerceamento de defesa no caso em tela, pois a Autuada não requisitou a entrega das informações obtidas das operadoras de cartões de crédito e/ou débito de forma impressa. E mais, todos os documentos que instruíram a fiscalização estiveram todo o tempo disponíveis ao contribuinte.

4. A Recorrente, inconformada com a decisão supra, interpôs Recurso Ordinário onde alegou que, a obtenção de informações com operadoras de cartão de crédito e/ou débito não decorreram de procedimento administrativo, vez que a Autuada foi notificada após a obtenção dos dados pelo fisco, em clara inversão do que preceitua a Lei Complementar n. 105/2001, Decreto n. 54.240/2009 e Lei Complementar Estadual n. 936/2003.

5. Alegou também que houve cerceamento de defesa no caso em tela, pois na ocasião da lavratura do auto de infração, o documento em que ele foi baseado, foi entregue a Recorrente em formato de mídia, bem como são nulos o Ato de Levantamento e o próprio AIIM, pois não observaram o princípio da autonomia dos estabelecimentos e o auto foi baseado em meras presunções de omissões de operações.

6. A E. Representação Fiscal por sua vez, manifestou-se pelo não provimento do recurso com total manutenção da decisão recorrida, por entender que o fisco comprovou o cometimento da infração e que a autuada não trouxe aos autos provas suficientes para ilidir o trabalho fiscal.

7. Após presente feito foi distribuído à minha pessoa, que passou a ser relator do Recurso.



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA
5ª JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT-14 - 82840/2011

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

É o relatório. Decido.

8. Primeiramente importante salientar que, o Supremo Tribunal Federal já se posicionou ser inconstitucional a quebra de sigilo das operações bancária ou financeiras em 25.11.2010, conforme notícia veiculada no site do STF, em 15.12.2010, com título: **"STF nega quebra de sigilo bancário de empresa pelo FISCO sem ordem judicial"**, *"in verbis"*:

"Dignidade

O ministro Marco Aurélio (relator) votou pelo provimento do recurso, sendo acompanhado pelos ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Cezar Peluso. O princípio da dignidade da pessoa humana foi o fundamento do relator para votar a favor da empresa. De acordo com ele, a vida em sociedade pressupõe segurança e estabilidade, e não a surpresa. E, para garantir isso, é necessário o respeito à inviolabilidade das informações do cidadão.

Ainda de acordo com o ministro, é necessário assegurar a privacidade. A exceção para mitigar esta regra só pode vir por ordem judicial, e para instrução penal, não para outras finalidades.

"É preciso resguardar o cidadão de atos extravagantes que possam, de alguma forma, alcançá-lo na dignidade", salientou o ministro.

Por fim, o ministro disse entender que a quebra do sigilo sem autorização judicial banaliza o que a Constituição Federal tenta proteger, a privacidade do cidadão. Com esses argumentos o relator votou no sentido de considerar que só é possível o afastamento do sigilo bancário de pessoas naturais e jurídicas a partir de ordem emanada do Poder Judiciário.

Já o ministro Gilmar Mendes disse em seu voto que não se trata de se negar acesso às informações, mas de restringir, exigir que haja observância da reserva de jurisdição. Para ele, faz-se presente, no caso, a necessidade de reserva de jurisdição.

Para o ministro Celso de Mello, decano da Corte, o Estado tem poder para investigar e fiscalizar, mas a decretação da quebra de sigilo bancário só pode ser feita mediante ordem emanada do Poder Judiciário.

Em nada compromete a competência para investigar atribuída ao poder público, que sempre que achar necessário, poderá pedir ao Judiciário a quebra do sigilo."



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA
5ª JULGADORA

PROCESSO Nº
DRTQ - 14 - 82840/2011

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

9. Ademais, o art. 6º da Lei Complementar nº 105/01 é claro em dispor que *"as autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente"*.

10. Desse modo, a legislação supra citada é clara em determinar que o Fisco somente pode ter acesso as informações financeiras quando houver processo administrativo instaurado e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

11. Reconhecendo que a quebra do sigilo das informações dos recebíveis dos contribuintes através de cartões de crédito estava sendo realizada em dissonância com as determinações da LC 105/01, a SEFAZ/SP editou a Portaria CAT nº 12/10, publicada no DOE 30.01.10, que também dispõe que a requisição das informações dos contribuintes com as instituições financeiras somente pode ser feita se há processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal, inclusive competindo ao AFR elaborar por escrito a proposta de requisição da quebra do sigilo e cabendo ao Delegado apreciar o pedido, *"in verbis"*:

"Art. 1º A Secretaria da Fazenda, ao requisitar o acesso e o uso de dados e informações referentes a operações de usuários de serviços das instituições financeiras e das entidades a elas equiparadas, além do disposto no Decreto 54.240, de 14 de abril de 2009, deverá observar o disposto nesta portaria.

Art. 2º A requisição de informações somente será proposta se presentes, cumulativamente, os seguintes requisitos:



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
 COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA
5ª JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT-14 - 82840/2011

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

I - existência de processo administrativo instaurado ou procedimento de fiscalização em curso;

II - ter sido constatada hipótese de indispensabilidade prevista no artigo 3º do Decreto nº 54.240, de 14 de abril de 2009.

Parágrafo único. Na hipótese do inciso I, o procedimento de fiscalização deverá ter sido instaurado a partir da emissão de Ordem de Fiscalização, de notificação ou de ato administrativo que autorize a execução de qualquer procedimento fiscal, conforme previsto no artigo 9º da Lei Complementar Estadual 939, de 3 de abril de 2003.

Art. 3º Compete ao Agente Fiscal de Rendas - AFR responsável pelo processo administrativo ou pela execução do procedimento de fiscalização em curso elaborar proposta de requisição de informações, conforme modelo constante do Anexo I, que deverá conter:

I - a identificação:

- a) do sujeito passivo submetido a procedimento de fiscalização e, quando for o caso, de seus sócios, administradores e terceiros vinculados aos fatos;*
- b) do processo administrativo, da Ordem de Fiscalização, notificação ou do ato administrativo que autorizou a execução do procedimento de fiscalização ou do procedimento administrativo a que estiver vinculada a análise do comportamento fiscal do contribuinte;*
- c) da hipótese de indispensabilidade que motivou a proposta da requisição das informações;*
- d) da instituição financeira ou entidade a ela equiparada destinatária da requisição de informações;*
- e) das informações requisitadas e do período abrangido pela requisição;*
- f) da forma de apresentação e prazo para o seu atendimento;*

II - relatório circunstanciado, devidamente instruído, contendo, no mínimo:

- a) descrição, com precisão e clareza, dos fatos que motivaram o enquadramento na hipótese de indispensabilidade, bem como de condutas pessoais constatadas ou indicadas;*



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA
5ª JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT - 14 - 82840/2011

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

b) identificação de eventual notificação anterior, feita ao sujeito passivo, para fins de obtenção das informações sobre movimentação financeira, bem assim, se for o caso, dos correspondentes atendimentos;

III - identificação do AFR responsável pela execução do procedimento fiscal. Parágrafo único. A proposta de requisição de informações mencionada no "caput" formará novo processo administrativo, desvinculado dos procedimentos anteriores referentes ao sujeito passivo.

Art. 4º Compete ao Delegado Regional Tributário ou ao Diretor Executivo da Administração Tributária exarar decisão, em despacho fundamentado, sobre a proposta de requisição de informações".

12. Ora, no caso em tela está devidamente comprovado que o AFR autuante obteve as informações das operadoras de cartão de crédito anteriormente a qualquer procedimento fiscal, tanto que nas notificações às fls. 93/98 consta que "fica o contribuinte acima cientificado de que a Secretaria da Fazenda tem em seu poder os dados relativos às operações efetuadas por seu estabelecimento cujo pagamento se deu através de cartões de crédito e de débito, fornecidos pelas empresas administradoras de cartões".

13. Assim, resta evidente que não foi observada a determinação do art. 6º da Lei Complementar nº 105/01, pois o AFR autuante já possuiu as informações junto as operadoras de cartões antes de iniciado o procedimento fiscal.

14. Ademais, o presente AIIM não consta nos autos que AFR seguiu as determinações da Portaria CAT 12/10, o que vicia a acusação.

15. Ante o exposto e por tudo que consta nos autos, **DOU PROVIMENTO** ao Recurso Ordinário e, conseqüentemente julgo insubsistente o AIIM exordial.

São Paulo, 17 de setembro de 2011.



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA
5ª JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT - 14 - 82840/2011

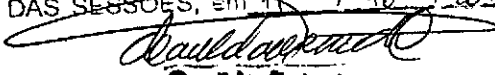
RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO


André Felix Ricotta de Oliveira

Relator

A pedido dou vista ao processo a(u) SR.(a)

DRA. CACILDA PEIXOTO
pelo prazo de 15 dias (art. 028 do R.I.)
ficando adiado o julgamento.
SALA DAS SESSÕES, em 11 1 10 1 2011


Cacilda Peixoto
Presidente



SECRETARIA DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA	PROCESSO Nº	RECURSO
QUINTA CÂMARA JULGADORA	DRT-14-82840/2011	ORDINÁRIO

RECORRENTE	FOCOS ROUPAS E ARTIGOS ESPORTIVOS LTDA.			
RECORRIDO	FAZENDA PÚBLICA			
RELATOR	ANDRÉ FELIX RICOTTA DE OLIVEIRA	AIIM	3.145.406-9	S. ORAL NÃO
VOTO DE VISTA: CACILDA PEIXOTO				
EMENTA				
<p>ICMS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. LEVANTAMENTO FISCAL. OPERAÇÕES DE VENDA COM CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO.</p> <p>1. Infração: Deixou de pagar o ICMS, em valor apurado por meio de levantamento fiscal; movimento real tributável apurado com base nas informações fornecidas pelas empresas administradoras de cartão de crédito e/ou débito.</p> <p>2. Mérito: as provas foram obtidas de forma lícita. Há procedimento fiscal em curso, não existindo motivo para o afastamento da aplicação da Lei 6.374/89 e da Portaria CAT 87/06, tendo em vista que referidas normas estão em pleno vigor. A uma, porque a LC nº 105/01 permite que o fisco obtenha informações sobre as operações financeiras dos usuários de serviços de instituições financeiras sem a necessidade de autorização judicial, desde que exista processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso. A duas, porque existe procedimento fiscal em curso consubstanciado no plano de trabalho para a Operação Cartão Vermelho, que, mesmo não específico, é ato administrativo apto a instaurar procedimento fiscal para obtenção de informações dos contribuintes do ICMS junto às empresas operadoras de cartão de crédito/débito. Da análise dos documentos juntados pelo Fisco verifica-se que a materialidade da infração está comprovada, enquanto que o contribuinte não apresentou qualquer prova que pudesse infirmar o trabalho fiscal.</p> <p>3. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.</p>				
CAPITULAÇÃO DA INFRAÇÃO		CAPITULAÇÃO DA MULTA		
1: Arts. 58, 87, 215, 223 e 253 do RICMS (Dec. 45.490/00).		1: art. 527, II, "j" c/c §§ 1º e 10 do RICMS/00.		

VOTO DE VISTA

1. Solicitei vista dos autos para melhor analisar as razões invocadas pelo i. Juiz Relator para dar provimento ao recurso ordinário do contribuinte.
2. Adoto o seu relatório.
3. Como visto trata-se de infração por falta de pagamento do imposto em valor apurado por meio de levantamento fiscal realizado com fundamento no artigo 509 do RICMS/00, sendo que o movimento real tributável foi apurado com base nas informações fornecidas pelas empresas administradoras de cartão de crédito e/ou



SECRETARIA DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA
QUINTA CÂMARA JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT-14-82840/2011

RECURSO
ORDINÁRIO

débito, de acordo com o disposto no inciso X, do artigo 75 da Lei 6.374/89 (acrescentado pelo artigo 2º da Lei 12.294/06), no inciso X do artigo 494 do RICMS/00 e na Portaria CAT-87/2006.

4. Com a devida vênia do i. Juiz Relator, dele ousou divergir pelas razões que se seguem.

5. Primeiramente, é de se apreciar alegações pontuais apresentadas pelo Recorrente e que não se sustentam.

6. Alega que teria ocorrido cerceamento de defesa, uma vez que parte dos documentos em que foi baseado o lançamento de ofício teria sido entregue em arquivo eletrônico (mídia CD), impossibilitando a sua leitura.

6.1 Essa alegação foi afastada pelo Julgador Tributário, ficando, aqui, endossada a fundamentação adotada, como segue:

A alegação de cerceamento de defesa em razão da entrega das informações recebidas das administradoras de cartões em mídia (CD) também não deve prosperar. Em nenhum momento a Autuada requisitou a entrega de tais dados de forma impressa, inclusive, respondeu às notificações sem informar qualquer dificuldade com relação ao manuseio de tais arquivos. Aliás, os arquivos digitais estão em formato txt, não necessitando de programas específicos para a sua leitura.

Ressalte-se que as informações sobre os Autos sempre estiveram disponíveis ao Contribuinte, bastando, para tanto, dirigir-se ao posto fiscal de sua vinculação e solicitá-las. Ao fazê-la apenas em sua defesa, momento impróprio para tal, demonstra a Autuada a intenção, apenas, de protelar a decisão.

6.2 Por outro lado, o Recorrente é detentor de todos os documentos fiscais objeto da acusação, podendo contraditar qualquer informação apresentada pelo fisco, não havendo, portanto, qualquer prejuízo processual na falta de juntada de todos os documentos, sendo que o uso de provas em formato digital, bem como a juntada de documentos por amostragem é regulado pelo artigo 22 da Lei nº 13.457/2009.

7. Alegação de que o levantamento fiscal efetuado não teria considerado o princípio da autonomia dos estabelecimentos, gerando iliquidez do débito. De igual modo, por improcedente, acolho os fundamentos invocados pelo Julgador Tributário:

Em relação à alegação de que não teria havido levantamento fiscal por estabelecimento, tal afirmação deve ser afastada, conforme documentos juntados pelo AFR autuante:



SECRETARIA DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA
QUINTA CÂMARA JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT-14-82840/2011

RECURSO
ORDINÁRIO

- As notificações foram realizadas de forma individualizada - fls. 93 a 98;
- Os valores informados pelas administradoras de cartões estão individualizados - fls. 22 a 91, 106 a 129, 157 a 160;
- A apuração dos valores declarados pela Autuada foi feita de forma individualizada, fls. 131 a 151 e 153 a 156;
- A apuração da diferença está apontada nos demonstrativos de fls. 161 a 164, indicando os demonstrativos utilizados como referência (demonstrativos individualizados).

8. De acordo com o artigo 22 da Lei 13.457/09 e artigo 86 do Decreto 54.486/09, admite-se como elemento de prova, em substituição a documentos, demonstrativo no qual as operações, prestações ou eventos estejam individualmente discriminados, sempre que, alternativamente, o referido demonstrativo tenha sido elaborado pelo fisco e esteja acompanhado de originais ou cópias dos respectivos documentos em quantidade suficiente para comprovar, de forma inequívoca, ainda que em relação a um único evento, a ocorrência da infração.

9. Conforme consta no Relatório Circunstanciado, como prova do movimento de cartões de cada estabelecimento da empresa, foi juntada ao auto mídia CD, contendo os arquivos eletrônicos entregues pelas empresas administradoras, devidamente certificada e com assinatura digital, tendo sido entregue ao contribuinte, juntamente com as Notificações preliminares à lavratura do AIIM, uma cópia idêntica, com Termo de Entrega devidamente assinado pelo contribuinte.

10. Ainda de acordo com o § 1º do artigo 22 da Lei 13.457/09, o sujeito passivo poderá contraditar o demonstrativo elaborado pelo fisco nos termos deste artigo, fazendo-o de forma objetiva, com indicação precisa do erro ou incorreção encontrados e com apresentação da correspondente comprovação, sob pena de se terem por exatos os dados nele constantes.

11. Nenhum erro ou inexatidão foi apontado pelo Recorrente, não tendo sido os valores informados contestados com prova objetiva, o que, por consequência, torna incontroversos os valores informados.

12. Quanto à alegação de que o levantamento fiscal não teria sido realizado como manda a legislação, não assiste razão ao Recorrente, pois não estão sendo questionados neste AIIM os valores relativos a estoque ou às mercadorias entradas e saídas, mas, sim, a evidente existência de diferenças entre as receitas de vendas declaradas pelo Recorrente e as receitas de vendas declaradas pelas administradoras de cartão, questão que está eminentemente atrelada ao mérito da acusação.



SECRETARIA DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA
QUINTA CÂMARA JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT-14-82840/2011

RECURSO
ORDINÁRIO

13. No que tange à alegação de que não teriam sido considerados os valores pagos em um mês relativo ao mês anterior, tem-se que os valores considerados são os relativos às operações realizadas pelo Recorrente, ou seja, na saída de uma mercadoria há o seu correspondente pagamento. E, como aponta a Representação Fiscal: "Assim, não há que se falar em descasamento, mesmo porque **a recorrente não apontou em quais situações teria havido a aludida diferença.**" (g.n.)

14. Depreende-se, assim, que o AIMM foi lavrado nos termos da legislação por agente competente, tendo sido devidamente notificado ao contribuinte e instruído com todos os documentos comprobatórios necessários para permitir a exata compreensão dos fatos jurídicos por ele constituídos, contendo, na descrição dos fatos e da capitulação legal, todos os elementos e requisitos essenciais do lançamento tributário, conforme a disciplina do artigo 142 do Código Tributário Nacional; do que se conclui que não merece reparos o feito fiscal, tendo sido aplicadas as penalidades na forma da lei.

15. Cito, a seguir, a legislação que dá respaldo à ação fiscal:

LEI Nº 12.294, DE 6 DE MARÇO DE 2006 (DOE 07/03/2006)

Altera a Lei 6.374 de 1º de março de 1989, que dispõe sobre a instituição do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transportes Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS.

Artigo 2º - Ficam acrescentados, com a redação que se segue, os dispositivos adiante indicados à Lei nº 6.374, de 1º de março de 1989.

(...)

II - ao artigo 75, os incisos X e XI:

"X - as empresas administradoras de cartões de crédito ou débito, relativamente às operações ou prestações de serviço realizadas por contribuinte do imposto;

(...)"

LEI 6374, de 1º de março de 1989/89

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; (Acrescentados os incisos "X" e "XI" pelo inciso II do artigo 2º da Lei 12.294/06 de 06-03-2006; DOE 07-03-2006; efeitos a partir de 07-03-2006)

(...)

§ 1º - A obrigação prevista neste artigo, ressalvada a exigência de prévia autorização judicial, não abrange a prestação de informações quanto a fatos sobre os quais o informante esteja legalmente obrigado a observar segredo em razão de cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão.

(...)



SECRETARIA DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA	PROCESSO Nº	RECURSO
QUINTA CÂMARA JULGADORA	DRT-14-82840/2011	ORDINÁRIO

DECRETO Nº 51.199, DE 17 DE OUTUBRO DE 2006 (DOE de 18-10-2006)

Introduz alterações no Regulamento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - RICMS

(...)

III - ao artigo 494, os incisos X e XI:

"X - as empresas administradoras de cartões de crédito ou débito, relativamente às operações ou prestações de serviço realizadas por contribuinte do imposto (Lei 6.374/89, art. 75, X, acrescentado pela Lei 12.294/06, art. 2º, II);

(...)

16. A lei nº 6.374/89 não impõe qualquer procedimento prévio à solicitação pelo fisco às administradoras de cartões de **informações sobre operações ou prestações realizadas por contribuinte do imposto.**

17. A Portaria CAT 87/06 disciplina a **entrega sistemática** de arquivo magnético à Secretaria da Fazenda pelas empresas administradoras de cartões de crédito ou débito, relativamente às operações ou prestações de serviço realizadas por contribuinte do imposto localizado no Estado de São Paulo, valendo ressaltar que a entrega dessas informações prescinde de previa autorização, posto que se trata de obrigação imposta por lei, da qual não podem as empresas administradoras de cartões de crédito ou débito se eximir: **"a empresa administradora de cartões de crédito ou débito entregará à Secretaria da Fazenda, até o dia 20 de cada mês, as informações relativas a operações de crédito ou de débito realizadas, no mês anterior, pelos estabelecimentos contribuintes do ICMS localizados neste Estado, gravadas em mídia ótica não regravável."**

PORTARIA CAT-87, de 18-10-2005 (DOE de 19-10-2006; Republic. DOE 20-10-2006)

Disciplina a entrega de arquivo eletrônico pela empresa administradora de cartões de crédito ou débito, relativamente às operações ou prestações realizadas por contribuinte

O Coordenador da Administração Tributária, tendo em vista o disposto no inciso X do artigo 494 do Regulamento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - RICMS, aprovado pelo Decreto 45.490, de 30 de novembro de 2000, expede a seguinte portaria:

Artigo 1º - a empresa administradora de cartões de crédito ou débito entregará à Secretaria da Fazenda, até o dia 20 de cada mês, as informações relativas a operações de crédito ou de débito realizadas, no mês anterior, pelos estabelecimentos de contribuintes do ICMS localizados neste Estado, gravadas em mídia ótica não regravável.

§ 1º - As informações deverão ser fornecidas por número de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas - CNPJ.

§ 2º - o arquivo eletrônico deverá ser:

1 - elaborado de acordo com o "Manual de Orientação", anexo ao Protocolo ECF-04/01, de 24 de setembro de 2001;

2 - validado pelo programa validador TEF, disponível no endereço eletrônico



SECRETARIA DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA
QUINTA CÂMARA JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT-14-82840/2011

RECURSO
ORDINÁRIO

http://pfe.fazenda.sp.gov.br ;

3 - ser entregue na Diretoria Executiva da Administração Tributária - DEAT, situada à Av. Rangel Pestana, 300 - 10º andar - Centro - São Paulo - SP.

Artigo 2º - a Diretoria Executiva da Administração Tributária - DEAT, mediante notificação, poderá:

I - dispensar o fornecimento de informações, desde que o total das operações de crédito ou de débito realizadas no mês pelo estabelecimento seja igual ou inferior a R\$ 1.000,00;

II - exigir o fornecimento de informações relativas a operações realizadas anteriormente ao exercício de 2006.

Artigo 3º - a empresa administradora de cartões de crédito ou débito, observado o disposto no artigo 1º, entregará à Secretaria da Fazenda, até o dia 20 de novembro de 2006, as informações relativas a operações de crédito ou de débito realizadas no período de 1º de janeiro a 31 de outubro de 2006, pelos estabelecimentos de contribuintes.

Artigo 4º - Esta portaria entra em vigor na data de sua publicação, ficando revogada a Portaria CAT-80, de 17 de outubro de 2001.

(Publicado novamente por ter saído com incorreção.)

18. A presunção de que as diferenças encontradas referem-se a saídas de mercadorias tributadas é legal e está expressa no § 3º do artigo 74 da Lei 6.374/89 (§ 3º do artigo 509 do RICMS/00. Assim, constatada a diferença apurada por meio do levantamento fiscal, nos termos dos §§ 3º e 4º do art. 74, Lei 6.374/89, essas são presumidas como decorrentes de operações tributadas, devendo-se a aplicação da maior alíquota vigente no período a que se referir o levantamento:

*“Artigo 74 - O movimento real tributável realizado pelo estabelecimento em determinado período poderá ser apurado por meio de levantamento fiscal, em que poderão ser considerados, **isolados ou conjuntamente**, os valores das mercadorias entradas, das mercadorias saídas, dos estoques inicial e final, dos serviços recebidos e dos prestados, das despesas, dos outros encargos e do lucro do estabelecimento, bem como de outros elementos informativos. (Redação dada ao "caput" do artigo pela Lei 13.918, de 22-12-2009; DOE 23-12-2009) (g.n.)*

§ 1º - No levantamento fiscal poderá ser utilizado qualquer meio indiciário, bem como aplicado coeficiente médio de lucro bruto, de valor acrescido ou de preço unitário, consideradas a atividade econômica, a localização e a categoria do estabelecimento.

§ 2º - O levantamento fiscal poderá ser renovado sempre que forem apurados dados não levados em conta quando de sua elaboração.

§ 3º - A diferença apurada por meio de levantamento fiscal será considerada como decorrente de operação ou prestação tributada.

§ 4º - O imposto devido sobre a diferença apurada em levantamento fiscal será calculado mediante aplicação da maior alíquota vigente no período a que se referir o levantamento. (g.n.)

19. Como se vê toda a sistemática da prestação de informações, da apuração de diferenças, bem como do procedimento fiscal está amparado em dispositivos de lei.



SECRETARIA DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA
QUINTA CÂMARA JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT-14-82840/2011

RECURSO
ORDINÁRIO

20. O movimento real tributável foi apurado com base nas informações fornecidas à Secretaria da Fazenda pelas empresas administradoras de cartões de crédito e de 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), regulamentado pelo artigo 494 do RICMS/00.

21. Por seu turno, dispõe o artigo 72 da Lei nº 6.374/89:

"Art. 72 – A administração tributária tem por atribuição fazer cumprir a legislação relativa aos tributos de competência estadual, devendo adotar, na sua consecução, procedimento que estimulem o atendimento voluntário da obrigação legal, reduzam a inadimplência e reprimam a sonegação, tais como a educação fiscal, a orientação de contribuintes, a divulgação da legislação tributária, a fiscalização e a aplicação de penalidades. (red. Lei 13.918/09 efeitos a partir de 23.12.09)"

22. Tem-se, então em síntese que: a Lei 6374/89 em seu Art. 72 impõe ao fisco o **dever de adotar** procedimentos para o **cumprimento da legislação** vigente para **estimular o cumprimento voluntário** da obrigação tributária e **reprimir a sonegação**. O Art. 75 determina que as **empresas administradoras de cartões de crédito** ou débito **não podem embaraçar a ação**, **devendo prestar informações ao fisco**,

23. Por sua vez, O **CONVÊNIO ECF 01/98**, celebrado entre a União, os Estados e o Distrito federal, estabeleceu que a **emissão de comprovante** de pagamento **através de cartão de crédito** ou débito **somente poderia ser feito através do E.C.F.** O **CONVÊNIO ECF 01/2010**, conforme cláusula primeira, **em substituição** à cláusula de **obrigatoriedade** de utilizarem a emissão de **comprovante de pagamento através de cartão** de crédito ou débito, **juntamente** com a emissão de **E.C.F.**, sua cláusula segunda veio facultar ao contribuinte a possibilidade de optar pela emissão desvinculada, desde que **autorizasse a administradora de cartão a fornecer ao fisco informações** sobre sua movimentação. Já o **PROTOCOLO ECF 04/01**, visando **uniformização de procedimentos** relacionados com o fornecimento e informações pelas administradoras de cartão decidiram que as **administradoras de cartões entregarão até o final do mês seguinte de ocorrência os arquivos eletrônicos** contendo informações de transações através do cartão ao fisco.

CONVENIO ECF 01/98 de 25 de fevereiro de 1998

Dispõe sobre a obrigatoriedade de uso de Equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) por estabelecimento que promova venda a varejo e prestador de serviço e dá outras providências.

A União, representada pela Secretaria da Receita Federal, os Estados e o Distrito Federal, representados pelos respectivos Secretários de Fazenda, Finanças ou Tributação, por ocasião da 36ª reunião extraordinária do Conselho Nacional de Política Fazendária, realizada em Manaus, AM, no dia 18 de fevereiro de 1998, tendo em vista o disposto no art. 63 da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, resolvem celebrar o seguinte **CONVÊNIO**:



SECRETARIA DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA
QUINTA CÂMARA JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT-14-82840/2011

RECURSO
ORDINÁRIO

Cláusula primeira – Os estabelecimentos que exerçam a atividade de venda ou revenda de mercadorias ou bens, ou de prestação de serviços em que o adquirente ou tomador seja pessoa física ou jurídica não contribuinte do imposto estadual, estão obrigados ao uso de equipamento emissor de Cupom Fiscal – ECF.

(...)

Cláusula quarta – A partir do uso de ECF pelas empresas a que se refere a cláusula primeira, a emissão do comprovante de pagamento de operação ou prestação efetuado com cartão de crédito ou débito automático em conta corrente somente poderá ser feito por meio de ECF, devendo o comprovante estar vinculado ao documento fiscal emitido na operação ou prestação respectiva, conforme disposto na legislação pertinente.

PROTOCOLO ECF 04 de 25 de setembro de 2001

Dispõe sobre o fornecimento de informações, prestadas por administradoras de cartão de crédito e, ou, de débito, nos termos do Convênio ECF 01/01, sobre as operações realizadas com estabelecimentos de contribuintes do ICMS.

Os Estados e o Distrito Federal, signatários deste ato, representados pelos seus respectivos Secretários de Fazenda, Finanças ou Tributação e Gerentes de Receita, tendo em vista o disposto no Convênio ECF 01/01, de 06 de julho de 2001, e a necessidade de uniformização de procedimentos relacionados com o fornecimento, por administradora de cartão de crédito e, ou, de débito, de informações sobre as operações realizadas com estabelecimentos de contribuintes de ICMS, resolvem celebrar o seguinte PROTOCOLO:

(...)

Cláusula segunda – As administradoras ou operadoras de cartão de crédito, ou de débito, ou similar entregarão até o final do mês seguinte de ocorrência, nos locais ou nos endereços eletrônicos indicados pelas unidades da Federação signatárias deste acordo, os arquivos eletrônicos contendo as informações relativas a todas as operações de crédito, de débito, ou similares, com ou sem transferência eletrônica de fundos realizada no mês anterior, de acordo com o "Manual de Orientação" anexo a este Protocolo.

CONVENIO ECF 01, de 26 de março de 2010

Dispõe sobre informações relativas às transações de pagamento realizado por meio de cartão de crédito ou débito e autoriza a concessão de crédito outorgado.

O Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ e o Secretário da Receita Federal do Brasil, na 137ª reunião anual do Conselho Nacional de Política Fazendária, realizada em Boa Vista, RR, no dia 26 de março de 2010, tendo em vista o disposto no art. 63 da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997 e na Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, resolvem celebrar o seguinte **CONVÊNIO**

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 as informações relativas às transações de pagamento efetuado com o respectivo cartão, às Secretarias da Fazenda, Finanças ou Tributação dos Estado, do Distrito Federal e à Secretaria da Receita Federal, na forma, nos prazos e relativamente aos períodos



SECRETARIA DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA
QUINTA CÂMARA JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT-14-82840/2011

RECURSO
ORDINÁRIO

determinados pela legislação de cada unidade federada.

Cláusula segunda – As administradoras de cartão de crédito ou débito fornecerão as informações previstas na cláusula anterior, em função de cada operação ou prestação, por meio de arquivo eletrônico no formato e leiaute definido no Protocolo ECF 04/01, de 24 de setembro de 2001, celebrado pelas unidades federadas.

Cláusula terceira – O disposto nas cláusulas primeira e segunda, não se aplica à unidade federada que estabeleça, em legislação estadual, a obrigação das empresas administradoras de cartão de crédito ou débito de fornecer informações relativas às transações de pagamento efetuado com o respectivo cartão, hipótese em que serão observadas as disposições estabelecidas na legislação da unidade federada quanto:

- I – a forma, aos prazos, aos períodos e ao conteúdo das informações a serem prestadas;
- II – às condições e exigências para o uso de equipamento que imprima o comprovante de pagamento ou não atenda à exigência estabelecida na cláusula quarta do Convênio ECF 01/98, observado o disposto em seu § 3º;
- III – a outras exigências estabelecidas pela unidade federada.

24. Assim, pelo Convenio entre os Estados, o contribuinte deve emitir o comprovante de pagamento com cartão no equipamento que emite o ECF e, ao optar pela emissão do comprovante de pagamento separado do equipamento de E.C.F. fica autorizada a administradora do cartão a fornecer ao fisco informações sobre sua movimentação. Por sua vez, a administradora não pode embaraçar tendo de cumprir o dever instrumental de informar ao fisco a movimentação efetuada pelo contribuinte através do cartão de crédito ou débito, nas datas e formas previstas.

25. Não houve descumprimento do disposto no artigo 6º da Lei Complementar 105, de 10 de janeiro de 2001, porque este se refere ao exame de depósito e aplicações financeiras, o que não é o caso do exame de informações fornecidas à Secretaria da Fazenda pelas empresas administradoras de cartões de crédito e de débito, de acordo com disposto no inciso X do artigo 75 da Lei nº 6.374/89.

26. Na verdade, os dados obtidos pelo Fisco Estadual não dizem respeito a informações bancárias (depósito e aplicações financeiras), mas sim informações financeiras do contribuinte relativas às suas transações comerciais, de forma globalizada. Os dados fornecidos pelas operadoras de cartões de crédito ou débito se referem a montantes globais, ou seja, ao total de ingressos financeiros provenientes de cartões de crédito ou débito. A Fazenda Pública não detém qualquer informação que permite identificar a origem do montante ou a natureza dos gastos a partir dele efetuados.

27. Tampouco se há falar em necessidade de prévia autorização do Poder Judiciário, para a obtenção das referidas informações.

28. Nesse sentido, vale trazer à colação, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e a do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, reconhecendo a possibilidade



SECRETARIA DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA
QUINTA CÂMARA JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT-14-82840/2011

RECURSO
ORDINÁRIO

de a autoridade administrativa ter acesso aos dados financeiros do contribuinte quando houver **procedimento fiscal em curso, sem a necessidade de prévia autorização do Poder Judiciário**, conforme segue:

TRIBUTÁRIO. SIGILO BANCÁRIO. LEI COMPLEMENTAR N. 105/2001.

UTILIZAÇÃO DE INFORMAÇÕES BANCÁRIAS PARA A CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITO REFERENTE A OUTROS TRIBUTOS. POSSIBILIDADE. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. NÃO-COMPROVAÇÃO. SÚMULA N. 83 DO STJ.

1. A teor do art. 6º da LC n. 105/01, a autoridade fazendária pode ter acesso às informações bancárias do contribuinte quando houver procedimento administrativo-fiscal em curso, sem o crivo do judiciário.

2. "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida" – Súmula n. 83 do STJ.

3. Recurso especial não-conhecido. (g.n.)

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO. PREVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. DESNECESSIDADE.

1. As informações sobre o patrimônio das pessoas não se inserem nas hipóteses previstas pelo artigo 5º, inciso X, da CF/88, porquanto o patrimônio não se confunde com a intimidade, a vida privada a honra e a imagem.

2. Ainda que se pudesse entender que o artigo 8º da Lei 8.021/90 tenha extrapolado o limite estabelecido pela LCP – 4.595/64, o Código Tributário Nacional, em seu artigo 196, inciso II, estabelece que os bancos são obrigados a emprestar a autoridade administrativa todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros. Desnecessária, assim, a prévia autorização judicial.

3. Remessa oficial provida. (TRF 4º Região – Rem. ex officio 97.04.20361-6-RS – DJ, Seção 2, 02.07.99, p. 535 - Rel. Juiz Fernando Quadres da Silva) .

MEDIDA CAUTELAR Nº 7.513 - SP (2003/0223357-0)

RELATOR : MINISTRO LUIZ FUX

REQUERENTE : FLÁVIO DE ANDRADE ALVES

ADVOGADO : RENATO GONÇALVES DA SILVA

REQUERIDO : FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR : CINARA RIBEIRO SILVA KICHEL E OUTROS

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MEDIDA CAUTELAR PARA EMPRESTAR EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. REQUISITOS. NORMAS DE CARÁTER PROCEDIMENTAL. APLICAÇÃO INTERTEMPORAL. UTILIZAÇÃO DE INFORMAÇÕES OBTIDAS A PARTIR DA ARRECADAÇÃO DA CPMF PARA A CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITO REFERENTE A OUTROS TRIBUTOS. RETROATIVIDADE PERMITIDA PELO ART. 144, § 1º DO CTN.

1. A concessão de efeito suspensivo a Recurso Especial é de "excepcionalidade absoluta" (AGRPET 1859, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 28.04.00), dependente de: a) instauração da jurisdição cautelar do STJ; b) viabilidade recursal, pelo atendimento de pressupostos recursais específicos e genéricos, e não incidência de óbices sumulares e regimentais; e c) plausibilidade da pretensão recursal formulada contra eventual error in judicando ou error in procedendo.

2. O resguardo de informações bancárias era regido, ao tempo dos fatos que permeiam a presente demanda (ano de 1998), pela Lei 4.595/64, reguladora do Sistema Financeiro Nacional, e que foi recepcionada pelo art. 192 da Constituição Federal com força de lei complementar, ante a ausência de norma regulamentadora desse dispositivo, até o advento da Lei Complementar 105/2001.

3. O art. 38 da Lei 4.595/64, revogado pela Lei Complementar 105/2001, previa a possibilidade de quebra do sigilo bancário apenas por decisão judicial.



SECRETARIA DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA
QUINTA CÂMARA JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT-14-82840/2011

RECURSO
ORDINÁRIO

4. Com o advento da Lei 9.311/96, que instituiu a CPMF, as instituições financeiras responsáveis pela retenção da referida contribuição, ficaram obrigadas a prestar à Secretaria da Receita Federal informações a respeito da identificação dos contribuintes e os valores globais das respectivas operações bancárias, sendo vedado, a teor do que preceituava o § 3º da art. 11 da mencionada lei, a utilização dessas informações para a constituição de crédito referente a outros tributos.

5. A possibilidade de quebra do sigilo bancário também foi objeto de alteração legislativa, levada a efeito pela Lei Complementar 105/2001, cujo art. 6º dispõe: "Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente."

6. A teor do que dispõe o art. 144, § 1º do Código Tributário Nacional, as leis tributárias procedimentais ou formais têm aplicação imediata, ao passo que as leis de natureza material só alcançam fatos geradores ocorridos durante a sua vigência.

7. Norma que permite a utilização de informações bancárias para fins de apuração e constituição de crédito tributário, por envolver natureza procedimental, tem aplicação imediata, alcançando mesmo fatos pretéritos.

8. A exegese do art. 144, § 1º do Código Tributário Nacional, considerada a natureza formal da norma que permite o cruzamento de dados referentes à arrecadação da CPMF para fins de constituição de crédito relativo a outros tributos, conduz à conclusão da possibilidade da aplicação dos artigos 6º da Lei Complementar 105/2001 e 1º da Lei 10.174/2001 ao ato de lançamento de tributos cujo fato gerador se verificou em exercício anterior à vigência dos citados diplomas legais, desde que a constituição do crédito em si não esteja alcançada pela decadência.

9. Inexiste direito adquirido de obstar a fiscalização de negócios tributários, máxime porque, enquanto não extinto o crédito tributário a Autoridade Fiscal tem o dever vinculativo do lançamento em correspondência ao direito de tributar da entidade estatal.

10. Medida Cautelar improcedente.

Fonte: Documento: 488680 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - Superior Tribunal de Justiça - DJ: 30/08/2004 (g.n.)

29. Importante também é de se ter em conta as seguintes disposições do artigo 5º da Lei Complementar 105/01:

"Art. 5º - O poder executivo disciplinará, inclusive quanto à periodicidade e aos limites de valor, os critérios segundo os quais as instituições financeiras informarão à administração tributária da União, as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços.

§ 1º Consideram-se **operações financeiras**, para os efeitos deste artigo:

(...)

III - emissão de ordens de crédito ou documentos assemelhados;

(...)

XIII - operações com cartão de crédito;

(...); e

XV - quaisquer outras operações de natureza semelhante que venham a ser autorizadas pelo Banco Central do Brasil, Comissão de Valores Mobiliários ou outro órgão competente.



SECRETARIA DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA
QUINTA CÂMARA JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT-14-82840/2011

RECURSO
ORDINÁRIO

§ 2º - As informações transferidas na forma do caput deste artigo restringir-se-ão a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados.

(...)

§ 4º - Recebidas as informações de que trata este artigo, se detectados indícios de falhas, incorreções ou omissões, ou de cometimento de ilícito fiscal, a autoridade interessada poderá requisitar as informações e os documentos de que necessitar, bem como realizar fiscalização ou auditoria para a adequada apuração dos fatos.

§ 5º - As informações a que refere este artigo serão conservadas sob sigilo fiscal, na forma da legislação em vigor." (g.n.)

30. O dispositivo legal acima citado autoriza a obtenção pelas autoridades fiscalizadoras de informações junto às administradoras de cartão de crédito/débito, o que confirma a desnecessidade de qualquer decisão judicial para autorização de acesso a essas informações fiscais. Nesse contexto, a Lei Complementar 105/01 deixa claro que não constitui violação ao dever de sigilo a prestação de informações pelas operadoras de cartão de crédito ao fisco sem a necessidade de autorização judicial.

31. Assim, não há violação ao direito constitucional da privacidade: as operadoras de cartão de crédito/débito estão informando apenas o faturamento de contribuintes do ICMS, e, verificadas possíveis divergências com as informações prestadas por eles mesmos ao fisco, são emitidas notificações para que sejam esclarecidas as diferenças. Nessa esteira, não se podem invocar direitos individuais sagrados na Constituição Federal apenas para impedir o direito-dever do Estado de fiscalizar seus administrados e muito menos para proteger aqueles que podem estar lesando o Erário Paulista ocultando receitas que deveriam ser oferecidas à tributação. É fundamental que se leve em consideração quais informações se quer proteger.

32. Quanto à questão da prestação de informação pelas administradoras de cartão de crédito e/ou débito ao Fisco, impende agora transcrever alguns dispositivos do Decreto nº 54.420/2009 e da Portaria CAT 12/10, a fim de se demonstrar que não houve também ofensa a essas regras:

DO DECRETO Nº 54.240 de 14.04.2009

Art. 1º - Este Decreto regulamenta a requisição, o acesso e o uso, pela Secretaria da Fazenda, de dados e informações referentes a operações de usuários de serviços de instituições financeiras e das entidades a elas equiparadas, nos termos da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, bem como estabelece os procedimentos para preservar o sigilo das informações obtidas.

Art. 2º - A requisição de informações de que trata o artigo 1º somente poderá ser



SECRETARIA DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA
QUINTA CÂMARA JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT-14-82840/2011

RECURSO
ORDINÁRIO

emitida pela Secretaria da Fazenda **quando existir processo administrativo tributário devidamente instaurado ou procedimento de fiscalização em curso.**

§1º - **Considera-se iniciado o procedimento de fiscalização a partir da emissão de Ordem de Fiscalização, de notificação ou de ato administrativo que autorize a fiscalização a execução de qualquer procedimento fiscal, conforme previsto no artigo 9º da Lei Complementar Estadual 939, de 3 de abril de 2003.**

§2º - A **Secretaria da Fazenda poderá requisitar informações** relativas ao sujeito passivo da obrigação tributária **objeto do processo administrativo tributário ou do procedimento de fiscalização em curso, bem como de seus sócios, administradores e de terceiros ainda que indiretamente vinculados aos fatos ou contribuinte, desde que, em qualquer caso, as informações sejam indispensáveis.**

Art. 3º - Para efeito desta lei, **será considerada como indispensável a requisição de informações** de que trata o artigo 1º nas seguintes situações:

I - **fundada suspeita de ocultação ou simulação de fato gerador de tributos estaduais;**

(...)

VI - **indício de omissão de receita, rendimento ou recebimento de valores;**

DA PORTARIA CAT 12, de 29.1.2010

Art. 1º - A Secretaria da Fazenda, **ao requisitar o acesso e o uso de dados e informações** referentes a operações de usuários de serviços das instituições financeiras e **das entidades a elas equiparadas,** além do disposto no Decreto 54.240, de 14 de abril de 2009, **deverá observar** o disposto nesta portaria.

Art. 2º - A requisição de informações **somente será proposta se presentes, cumulativamente,** os seguintes requisitos:

I - **existência de processo administrativo instaurado ou procedimento de fiscalização em curso;**

II - **ter sido constatado hipótese de indispensabilidade** prevista no artigo 3º do Decreto nº 54.240, de 14 de abril de 2009.

§ único - **na hipótese de inciso I, o procedimento de fiscalização deverá ter sido instaurado a partir da emissão de Ordem de Fiscalização, de notificação ou de ato administrativo que autorize a execução de qualquer procedimento fiscal, conforme previsto no artigo 9º da Lei Complementar 939, de 3 de abril de 2003.**

33. O Fisco teve o acesso e o uso de dados e informações referentes a operações realizadas pelo contribuinte mediante cartão de débito ou crédito, independentemente de requisição às administradoras de cartão de débito ou crédito, porque estas já são obrigadas a encaminhar essas informações à SEFAZ, como visto acima, sem esquecer a autorização do contribuinte usuário de ECF para tal mister.

34. E vista a legislação acima citada (Decreto Nº 54.240 de 14.04.2009 e Portaria CAT 12/10), é de se concluir que não se há falar em ausência de procedimento de



SECRETARIA DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA
QUINTA CÂMARA JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT-14-82840/2011

RECURSO
ORDINÁRIO

fiscalização instaurado, ou de descumprimento de tais dispositivos.

35. Nesse passo, vale lembrar que a autuação guerreada decorre de atividade fiscal executada a partir de Plano de Trabalho desenvolvido pela DEAT, denominado "OPERAÇÃO CARTÕES", com objetivo de coibir e reprimir práticas de sonegação de impostos através de vendas com cartões sem a correspondente emissão de cupom fiscal. O OFÍCIO DEAT 32/2007 delimita os roteiros e os procedimentos de fiscalização a serem adotados na fiscalização específica "Redes de Estabelecimentos".

36. Ressalte-se que o plano de trabalho para instauração da "Operação Cartão Vermelho" veiculado por ofício DEAT é justamente um ato administrativo que inicia o procedimento administrativo; logo está comprovada a existência de procedimento fiscal prévio, sem qualquer irregularidade quanto às provas colhidas pelo fisco. Ademais, importante ressaltar também que não há dispositivo legal que exija procedimento específico para a obtenção de informações junto às operadoras de cartão de crédito/débito.

37. O presente AIIM foi lavrado com base no valor referente às receitas da autuada informadas pelas Administradoras de Cartão e não declaradas pela autuada no montante correto nas Declarações contidas nas GIAs-Guias de Informação e Apuração do ICMS. **A obrigação tributária foi constatada após notificação à autuada**, para, dentre outros requisitos, comprovar a natureza das operações constantes do Anexo I-C - VALORES INFORMADOS PELAS EMPRESAS ADMINISTRADORAS (artigo 2º da Lei 12.294/2006), conforme detalhado no Relatório Circunstanciado, com conseqüente levantamento das diferenças apuradas, não se havendo falar em vício no procedimento fiscal.

38. Como visto, da referida autorização previamente firmada pelo contribuinte nasceu a Operação Cartão Vermelho, na qual o Fisco faz o confronto dos dados fornecidos pelo contribuinte com os fornecidos pelas administradoras de cartões, a fim de apurar omissões de receitas, sem que se possa falar em qualquer afronta ao sigilo de dados. Assim, vistas as disposições do Convenio ECF/01, que facultou ao estabelecimento a emissão de comprovante de pagamento via ECF, desde que o contribuinte optasse, por uma única vez, por autorizar a administradora de cartão de crédito ou débito, a fornecer as informações relativas às transações de pagamento efetuado com o respectivo cartão, às Secretarias da Fazenda, Finanças ou Tributação dos Estados, do Distrito Federal e à Secretaria da Receita Federal, conseqüentemente, se o contribuinte autorizou a administradora a prestar as informações à Secretaria da Fazenda, o fornecimento dessas informações pela administradora não viola o sigilo bancário, pois atende aos interesses do próprio contribuinte, estando por ele expressamente autorizada a tanto.

39. Com isso fica claro que as provas foram obtidas de forma lícita e que há procedimento fiscal em curso, não existindo motivo para o afastamento da aplicação da



SECRETARIA DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA
QUINTA CÂMARA JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT-14-82840/2011

RECURSO
ORDINÁRIO

Lei 6374/89 e da Portaria CAT 87/06, tendo em vista que referidas normas estão em pleno vigor. A uma, porque é indiscutível que a LC nº 105/01 permite que o fisco obtenha informações sobre as operações financeiras dos usuários de serviços de instituições financeiras sem a necessidade de autorização judicial, desde que exista processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso. A duas, porque existe procedimento fiscal em curso consubstanciado no plano de trabalho para a Operação Cartão Vermelho, que, mesmo não específico, é ato administrativo apto a instaurar procedimento fiscal para obtenção de informações dos contribuintes do ICMS junto às empresas operadoras de cartão de crédito/débito.

40. Constata-se que, embora notificado a comprovar as divergências apuradas pelo fisco, o Recorrente não logrou êxito, tanto por ocasião do procedimento fiscal anterior à lavratura do AIIM, como no decorrer do processo administrativo decorrente de lavratura de auto de infração, descabendo, assim, quaisquer questionamentos acerca dos valores informados pelas empresas administradoras de cartão de crédito e de débito, uma vez que o Recorrente foi notificado a prestar a suas próprias informações, mediante as quais poderia até mesmo refutá-las, com apresentação de contraprovas, mas não apresentou provas em sentido contrário ao apurado pelo fisco.

41. Por essas razões, não se sustentam os questionamento apresentados contra o levantamento fiscal realizado, uma vez que segundo o § 1º do artigo 509 do RICMS/00: *"No levantamento fiscal poderá ser utilizado qualquer meio indiciário, bem como aplicado coeficiente médio de lucro bruto, de valor acrescido ou de preço unitário, consideradas a atividade econômica, a localização e a categoria do estabelecimento."*

42. Com efeito, no Regulamento do ICMS o levantamento fiscal é caso em que se admite a presunção. Por força dos §§ 3º e 4º do art. 509 do RICMS/00, as diferenças apuradas por meio de levantamento fiscal devem ser consideradas como decorrentes de operações ou prestações tributadas, sendo o imposto calculado mediante aplicação da maior alíquota vigente no período a que se referir o levantamento. A norma geral e abstrata construída do referido § 3º do artigo 509 determina que se houver diferença apurada por meio de levantamento fiscal, então deve ser considerada tributada a operação que der origem a tal diferença.

43. O resultado do levantamento fiscal gera presunção relativa de ocorrência de fato gerador do ICMS. Com efeito, a presunção de que ora se trata classifica-se como presunção *juris tantum*, presunção que pode, portanto, ser elidida através de prova em contrário. Beneficiando quem a possui (no caso o Fisco), acarreta a inversão do ônus da prova, cabendo à parte contrária fazer prova a qualquer tempo de que a mesma é infundada. Já que se trata de presunção *juris tantum*, e pela inversão do ônus da prova, caberia ao Recorrente apresentar prova concreta (documental) em sentido contrário, o que não foi feito, além do que os autos estão instruídos com elementos suficientes para comprovar a ocorrência da infração.



SECRETARIA DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA
QUINTA CÂMARA JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT-14-82840/2011

RECURSO
ORDINÁRIO

44. A presunção de que as diferenças encontradas referem-se a saídas de mercadorias tributadas é legal e está expressa no § 3º do artigo 74 da Lei 6.374/89 (§ 3º do artigo 509 do RICMS/00).

45. Os valores relativos às operações com cartão de crédito e de débito foram declarados pelas próprias empresas administradores de cartão de crédito ou débito, em conformidade com o disposto na Portaria CAT-87 de 18/10/2006. A precisão e a concordância encontram-se demonstradas pela prova colacionada que evidencia a irremediável relação entre os fatos (ocorrência de vendas à margem da escrita oficial) para se chegar à conclusão de que o Recorrente cometeu a infração relativa a falta de pagamento do imposto. Assim, não se trata de mero indício da ocorrência de fato gerador. Como visto, a prova produzida se constituiu em presunção "*juris tantum*", mas esta presunção é válida como meio de prova, competindo à parte acusada, descaracterizar a presunção por todos os meios em direito admitidos. Trata-se de prova legalmente constituída e que não foi ilidida pelo Recorrente.

47. Em síntese, as provas foram obtidas de forma lícita. Há procedimento fiscal em curso, não existindo motivo para o afastamento da aplicação da Lei 6.374/89 e da Portaria CAT 87/06, tendo em vista que referidas normas estão em pleno vigor. A uma, porque a LC nº 105/01 permite que o fisco obtenha informações sobre as operações financeiras dos usuários de serviços de instituições financeiras sem a necessidade de autorização judicial, desde que exista processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso. A duas, porque existe procedimento fiscal em curso consubstanciado no plano de trabalho para a Operação Cartão Vermelho, que, mesmo não específico, é ato administrativo apto a instaurar procedimento fiscal para obtenção de informações dos contribuintes do ICMS junto às empresas operadoras de cartão de crédito/débito.

48. Concluo que da análise dos documentos juntados pelo Fisco verifica-se que a materialidade da infração está comprovada, enquanto que o contribuinte não apresentou contraprova que pudesse infirmar o trabalho fiscal.

49. Considerando, portanto, o exposto, e tudo o mais que dos autos consta, NEGO PROVIMENTO AO RECURSO ORDINÁRIO, mantendo a r. decisão recorrida.

Sala das Sessões, 20 de outubro de 2011

CACILDA PEIXOTO
JUÍZA COM VOTO DE VISTA

meu voto é pelo

André Felix Ricotta de Oliveira

Acompanho o voto do relator De. André Felix Ricotta.


Jânina Mesquita L. de Souza

Com a Dna. Cacilda Peixoto.


FABIO HENRIQUE BORDINI CRUZ
Presidente