



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

CÂMARA JULGADORA		PROCESSO Nº		RECURSO
8ª		DRT - 15 - 748586/2011		ORDINÁRIO

RECORRENTE	MARIA CANDIDA CORREA BORGES - ME				
RECORRIDO	FAZENDA ESTADUAL				
RELATOR(A)	SAMUEL LUIZ MANZOTTI RIEMMA	AIIM	3.142.144-1	S. ORAL	NÃO
EMENTA					
ICMS.					
ITEM 1 – FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO APURADO POR MEIO DE LEVANTAMENTO FISCAL. INCONSISTÊNCIAS VERIFICADAS PELO FISCO DIANTE DAS OPERAÇÕES DECLARADAS PELA RECORRENTE E DAS INFORMAÇÕES TRANSMITIDAS PELAS OPERADORAS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DÉBITO.					
ITEM 2 – FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO APURADO POR MEIO DE LEVANTAMENTO FISCAL. INCONSISTÊNCIAS VERIFICADAS PELO FISCO DIANTE DAS OPERAÇÕES DECLARADAS PELA RECORRENTE E DAS INFORMAÇÕES TRANSMITIDAS PELAS OPERADORAS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DÉBITO.					
A falta de procedimento fiscalizatório instaurado em momento anterior à solicitação da apresentação das informações às empresas administradoras de cartões constitui vício formal insanável, devendo o levantamento fiscal ser declarado nulo. Inteligência da Lei Complementar nº 105/01 e do Decreto nº 54.240/09.					
Nulidade do AIIM.					
RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.					
CAPITULAÇÃO DA INFRAÇÃO			CAPITULAÇÃO DA MULTA		
Item 1 – Artigos 58, 87, 215, 223 e 253, do RICMS/00			Item 1 – Artigo 527, inciso I, alínea "a", c/c §§ 1º, 9º e 10, do RICMS/00		
Item 2 – Artigos 58, 87, 215, 223 e 253, do RICMS/00			Item 2 – Artigo 85, inciso I, alínea "a", c/c §§ 1º, 9º e 10, da Lei 6.374/89		

RELATÓRIO

1. Trata-se de Recurso Ordinário interposto contra decisão de primeira instância que julgou procedente o referido AIIM.

2. As acusações versam sobre:

fl



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

CÂMARA JULGADORA		PROCESSO Nº		RECURSO
8ª		DRT – 15 – 748586/2011		ORDINÁRIO

Item 1: falta de recolhimento de ICMS no período compreendido entre janeiro de 2007 e novembro de 2009, o qual foi calculado à alíquota de 18% (dezoito por cento) sobre o valor apurado por meio de levantamento fiscal, em virtude da inconsistência verificada pelo Fisco no que diz respeito às operações declaradas pela Recorrente vis-à-vis as informações e os dados transmitidos pelas operadoras de cartões de crédito e de débito, relativamente aos pagamentos efetuados pelas vendas de mercadorias através dos referidos cartões naquele período; e

Item 2: falta de recolhimento de ICMS no mês de dezembro de 2009, o qual foi calculado à alíquota de 18% (dezoito por cento) sobre o valor apurado por meio de levantamento fiscal, em virtude da inconsistência verificada pelo Fisco no que diz respeito às operações declaradas pela Recorrente vis-à-vis as informações e os dados transmitidos pelas operadoras de cartões de crédito e de débito, relativamente aos pagamentos efetuados pelas vendas de mercadorias através dos referidos cartões naquele período.

3. Foi apresentada defesa (fls. 98/156).
4. Houve manifestação fiscal (fls. 159/176).
5. Em primeira instância o AIIM foi julgado procedente (fls. 178/187).
6. A Recorrente interpôs Recurso Ordinário, pleiteando seja declarada a nulidade do AIIM ora em exame (fls. 190/225).
7. A Representação Fiscal apresentou Contra-Razões pugnando pelo desprovimento do Recurso interposto (fls. 234/240).
8. É o relatório. Passo ao voto.

VOTO

9. O processo encontra-se em condições de ser julgado.
10. O recurso é tempestivo e reúne condições para ser conhecido. Por isso, dele conheço.
11. Conforme mencionado anteriormente, ambas as acusações versam sobre falta de recolhimento de ICMS em decorrência da inconsistência verificada pelo Fisco no que se refere às operações declaradas pela Recorrente vis-à-vis as informações e os dados transmitidos pelas operadoras de cartões de crédito e débito, relativamente aos pagamentos



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

CÂMARA JULGADORA		PROCESSO Nº		RECURSO
8ª		DRT – 15 – 748586/2011		ORDINÁRIO

efetuados pelas vendas de mercadorias através dos referidos cartões nos aludidos períodos.

12. De acordo com os autos, verifica-se que, diante das informações prestadas pelas operadoras de cartões e dos dados declarados pela Recorrente, o Fisco identificou que o movimento financeiro relativo às operações cujos pagamentos foram efetuados através de sistema eletrônico foi superior ao montante declarado pela Recorrente.

13. Desse modo, e levando-se em conta que a Recorrente não apresentou qualquer prova que pudesse justificar as diferenças constatadas, o Fisco lavrou o AIIM ora em exame.

14. A legislação que fundamenta a conduta do Fisco no sentido de exigir das administradoras de cartões de crédito e débito a apresentação de informações e dados relativos às operações praticadas por contribuintes do ICMS encontra-se disposta no artigo 2º, da Lei nº 12.294/2006.

15. Pela legislação estadual que disciplina a aludida matéria, as informações são solicitadas pela Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo às referidas empresa de modo periódico e independentemente de qualquer suspeita prévia de prática de infração à legislação tributária por parte dos contribuintes do ICMS.

16. Ocorre, contudo, que, examinando a Lei Complementar nº 105/2001, normativo federal que foi editado com vistas a regulamentar a citada matéria, constata-se que tais informações somente podem ser solicitadas pelo Fisco se houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso. É o que prescreve o artigo 6º, da referida Lei, cuja redação encontra-se transcrita abaixo:

“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.” (grifos nossos)



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

CÂMARA JULGADORA		PROCESSO Nº		RECURSO
8ª		DRT – 15 – 748586/2011		ORDINÁRIO

17. Nesse sentido é o que dispõe também o Decreto paulista nº 54.240/09, responsável por regulamentar a aludida matéria. Confira-se:

“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 das 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 Art. 1º somente poderá ser 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 execução de qualquer procedimento fiscal, conforme previsto no Art. 9º da Lei Complementar Estadual 939, de 3 de abril de 2003.” (grifos nossos)

18. Examinando o teor e o alcance dos dispositivos legais transcritos acima, resta patente que a Lei Complementar editada para disciplinar o aludido assunto, no que foi seguida pelo referido Decreto, condiciona a solicitação de apresentação de tais informações à existência de processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso, motivo pelo qual, ressalvo o posicionamento que até então vinha adotando em casos análogos, e modifico meu entendimento, passando a adotar a tese defendida pelo Ilustre Doutor José Antonio Khattar, juiz integrante desta C. Câmara que já vinha manifestando tal posicionamento.

19. Portanto, inexistindo diligências investigatórias já formalizadas, não pode o Fisco requerer os registros das empresas administradoras de cartões de crédito e débito, as quais são consideradas instituições financeiras (artigo 1º, § 1º, inciso VI, da Lei Complementar nº 105/2001), com o fito de averiguar infrações em abstrato.

20. Sobre o tema e em linha com o entendimento exposto acima, confira-se as decisões proferidas pela 10ª e 5ª Câmara de Direito Público do E. Tribunal de Justiça de São Paulo que portam as seguintes ementas, respectivamente:



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

CÂMARA JULGADORA	PROCESSO Nº	RECURSO
8ª	DRT - 15 - 748586/2011	ORDINÁRIO

"TRIBUTOS ICMS - AIIM - Anulatória - Quebra de sigilo - Operadoras de cartão de crédito - Instituições financeiras - Levantamento fiscal - Tutela antecipada- Possibilidade: - Somente no curso do procedimento administrativo a lei federal hierarquicamente superior autoriza a quebra do sigilo das informações contidas nos registros das instituições financeiras, sem prévia autorização Judicial. - Patente a verossimilhança das alegações, o perigo da demora e a reversibilidade da tutela, sua antecipação não pode ser negada Recurso provido." (grifos não constam do original)

"DIREITO TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - EXCLUSÃO DO SIMPLES PAULISTA - PROCESSO ADMINISTRATIVO - INÍCIO E FUNDAMENTO EM INFORMAÇÕES REPASSADAS POR ADMINISTRADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E DÉBITO - LEI ESTADUAL - ILEGALIDADE - AÇÃO ORDINÁRIA - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - REENQUADRAMENTO E SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO DÉBITO TRIBUTÁRIO - ADMISSIBILIDADE - O processo administrativo que desenquadrou o contribuinte do Simples paulista, com efeitos retroativos desde 1o de abril de 2006, baseou-se unicamente em relações de valores sobre pagamentos com cartões de crédito e débito realizados pela microempresa passados à Secretaria da Fazenda do Estado com base no art. 1o, III, da Lei Paulista.12.186, de 5 de janeiro de 2006, que introduziu dentre os requisitos de adesão ao programa a declaração de que "autoriza a empresa administradora de cartão de crédito ou de débito a fornecer, à Secretaria da Fazenda, relação dos valores referentes às suas operações e prestações de serviços" (art. 3o, II, "e", da Lei Estadual 10.086, de 19 de novembro de 1998). Por sua vez, a Lei Complementar 105, de 10 de janeiro de 2001, que dispõe sobre o sigilo das operações das instituições financeiras, determina: "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" (grifo nosso). A Lei Estadual 12.186/2006 simplesmente inverteu a lógica do levantamento do sigilo das operações financeiras: o contribuinte renuncia obrigatoriamente, desde logo, ao segredo de suas operações de cartão de crédito e débito, e, então, a Fazenda busca indícios de irregularidades - Ilegalidade dessa Lei em confronto com o art. 6o, caput, da Lei Complementar 105/2001 - Presença da verossimilhança das alegações - Presença do perigo na demora consistente no dano de difícil reparação que o contribuinte suportará caso não deferida a antecipação da tutela, haja vista que



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

CÂMARA JULGADORA		PROCESSO Nº		RECURSO
8ª		DRT - 15 - 748586/2011		ORDINÁRIO

estará sujeito ao pagamento do ICMS, multa e juros desde 1o de abril de 2006 - Reenquadramento no Simples Paulista e suspensão da exigibilidade dos débitos tributários relativos a ele, limitado ao período em questão - Dá-se provimento ao recurso, confirmando-se a liminar anteriormente concedida"

21. Com efeito, levando-se em consideração que no presente caso as provas evidenciam que inexistia procedimento fiscalizatório instaurado em momento anterior à solicitação da apresentação das informações às empresas administradoras de cartões, o procedimento praticado pelo Fisco encontra-se eivado de vício formal insanável, motivo pelo qual o AIIM não merece prosperar.

22. Por todo o exposto, CONHEÇO DO RECURSO ORDINÁRIO e DOU-LHE PROVIMENTO para cancelar o AIIM ora em exame, ressalvando-se a possibilidade de novo lançamento, observado o prazo previsto no artigo 173, inciso II, do Código Tributário Nacional.

Sala das Sessões, 17 de abril de 2012.

Samuel Luiz Manzotti Riemma
Samuel Luiz Manzotti Riemma

Juiz Relator e Presidente da 8ª Câmara Julgadora

A pedido dou vista ao processo a(o) SR.(a)
Mara Regina Castilho Reinauer Ong

pelos prazos de 15 dias (art. 028 do R.I.)
fazendo adiado o julgamento.
SALA DAS SESSÕES, em 17, 04, 2012



Presidente
Samuel Luiz Manzotti Riemma
Presidente



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

CÂMARA JULGADORA	PROCESSO N°	RECURSO
OITAVA	DRT-15- 748586/2011	RECURSO ORDINÁRIO

RECORRENTE	MARIA CANDIDA CORREA BORGES - ME		
RECORRIDO	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL		
RELATOR	SAMUEL LUIZ MANZOTTI RIEMMA	AIIM	S. ORAL
		3.140.303-7	NÃO

INFRAÇÕES RELATIVAS AO PAGAMENTO DO IMPOSTO - levantamento de diferenças de ICMS feito através do cruzamento de dados das operações de vendas com cartões de débito/créditos em relação ao faturamento declarado, na chamada "operação cartão vermelho".

1. ao afastar a aplicação do artigo 2º da Lei Estadual n. 12.294/2006, sob o argumento que a Lei Complementar n. 105/2001 exige que as informações de instituições financeiras sejam antecedidas de processo administrativo, está se exercendo controle de constitucionalidade da referida lei estadual, seara vedada a este Tribunal Administrativo pelo artigo 28 da Lei 13.457/2009;
2. a "operação cartão vermelho" não necessita de prévio processo administrativo;
3. o artigo 197 do Código Tributário Nacional garante "amplos poderes" à administração tributária para exigir informações de instituições financeiras;
4. a Constituição Federal em seu artigo 145 - § 1º. autoriza a administração tributária identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte;
5. o sigilo bancário se subsume ao sigilo fiscal;
6. houve procedimento fiscal prévio consubstanciado no plano de trabalho denominado "Operação Cartão Vermelho".

VOTO VISTA: RECURSO ORDINÁRIO QUE SE CONHECE PARA NEGAR-LHE PROVIMENTO

CAPITULAÇÃO DA INFRAÇÃO	CAPITULAÇÃO DA MULTA
Item 1 - Artigos 58, 87, 215, 223 e 253 do RICMS (Decreto 45.490/00);	Item 1 - Artigo 527, inc. I, alínea "a" c/c §§ 1º, 9º e 10 do RICMS/00 (Decreto 45.490/00);
Item 2 - Artigos 58, 87, 215, 223 e 253 do RICMS (Decreto 45.490/00).	Item 2 - Artigo 527, inc. I, alínea "a" c/c §§ 1º, 9º e 10 do RICMS/00 (Decreto 45.490/00).

VOTO - VISTA - MARA REGINA CASTILHO REINAUER ONG

1. Pedi vista dos autos para melhor analisar a matéria em discussão, a qual diz respeito a diferenças de ICMS apuradas mediante levantamento fiscal baseado nas informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito/débito.



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

CÂMARA JULGADORA
OITAVA

PROCESSO Nº
DRT-15- 748586/2011

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

2. Peço vênia para adotar o relatório do culto Juiz - Dr. Samuel Luiz Manzotti Riemma, porém, em que pese o brilhantismo da argumentação, ousarei divergir do seu voto, que, com base no fundamento abaixo mencionado, concluiu pelo provimento do Recurso Ordinário, cancelando, assim, o AIIM 3.142.144-1:

“15. Pela legislação estadual que disciplina a aludida matéria, as informações são solicitadas pela Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo às referidas empresa de modo periódico e independentemente de qualquer suspeita prévia de prática de infração à legislação por parte dos contribuintes do ICMS.

16. Ocorre, contudo, que, examinando a Lei Complementar n. 105/2001, normativo federal que foi editado com vistas a regulamentar a citada matéria, constata-se que, tais informações somente podem ser solicitadas pelo Fisco se houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso ...

17. ... Ou seja, inexistindo diligências investigatórias já formalizadas, não pode o Fisco requerer os registros das empresas administradoras de cartões de crédito e débito, ...” (grifamos)

3. Com o todo respeito ao entendimento acima citado, ao afastar a aplicação do artigo 2º da Lei Estadual n. 12.294/2006, sob o argumento que a Lei Complementar n. 105/2001 exige que as informações de instituições financeiras sejam antecedidas de processo administrativo, o nobre juiz relator, embora assim não declare, está exercendo controle de constitucionalidade da referida lei estadual, seara vedada a este Tribunal Administrativo pelo artigo 28 da Lei 13.457/2009, que assim dispõe:

Art. 28. No julgamento é vedado afastar a aplicação de lei sob alegação de inconstitucionalidade, ressalvadas as hipóteses em que a inconstitucionalidade tenha sido proclamada:



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

CÂMARA JULGADORA
OITAVA

PROCESSO N°
DRT-15- 748586/2011

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

I - em ação direta de inconstitucionalidade;

II - por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, em via incidental, desde que o Senado Federal tenha suspenso a execução do ato normativo.

4. Com efeito, não existe hierarquia entre as leis, e sim campos de abrangência diversos. Assim, se por ventura o legislador bandeirante disciplinou matéria afeta ao campo de incidência da lei complementar federal incorreu em inconstitucionalidade formal, sendo então a lei estadual inconstitucional e não ilegal.

5. Vale dizer, é o texto constitucional e somente ele que cria e prevê as hipóteses para a elaboração de lei, sendo a competência legislativa disciplinada pela Constituição Federal, eventual conflito se resolve com base no texto maior.

6. Ademais, o levantamento de diferenças de ICMS feito através do cruzamento de dados das operações de vendas com cartões de débito/créditos em relação ao faturamento declarado, na chamada "*operação cartão vermelho*", não necessita de prévio processo administrativo, pois, em se tratando do poder de polícia da administração tributária, com característica de auto-executoriedade, está amparado em ampla legislação paulista: artigo 75 - X da Lei 6.374/89 (com a redação dada pela Lei 12.294/06), artigo 494 - X do RICMS/2000, Protocolo ECF 04/01 e Portaria CAT 87/06.

7. Com efeito, o artigo 197 do Código Tributário Nacional garante "*amplos poderes*" à administração tributária para exigir informações de instituições financeiras, sendo que o cruzamento de dados entre as informações prestadas pelas administradoras de cartões e aqueles apresentados pelo contribuinte é método lícito e eficiente na identificação de operações mercantis passíveis de tributação por ICMS.



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

CÂMARA JULGADORA

OITAVA

PROCESSO Nº

DRT-15- 748586/2011

RECURSO

RECURSO ORDINÁRIO

8. Ademais a própria Constituição Federal, em seu artigo 145 - § 1º., preconiza que *a administração tributária, com vistas a dar caráter pessoal aos impostos e graduá-los de acordo com a capacidade econômica do contribuinte, poderá identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei* (neste ponto vale lembrar que a “*operação cartão vermelho*” encontra amplo fundamento na legislação paulista) *o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.*
9. A diferença apurada originou-se do confronto entre os totais mensais dos valores informados pelas empresas administradoras de cartões de crédito/débito com os valores mensais de vendas informados pela recorrente, constituindo método típico de levantamento fiscal baseado, nos termos do que dispõe o artigo 509 - § 1º. do RICMS/00, em meio indiciário apto a apurar sonegação de operações mercantis geradores de ICMS.
10. Ora, não se trata propriamente de quebra do sigilo bancário dos contribuintes pelo fisco e sim mera subsunção das informações bancárias ao âmbito maior do sigilo fiscal, ao qual estão vinculados os agentes públicos sob pena de responsabilização no âmbito funcional e penal.
11. Com efeito, o sigilo bancário se subsume ao sigilo fiscal, mais amplo, pois o agente fiscal do estado tem competência para analisar todos os livros fiscais e contábeis, bem como toda a documentação que respalda a escrituração, de tal forma que toma conhecimento de forma bastante detalhada das atividades que a empresa realiza.
12. Nesta cadência entendo que as disposições da Lei Complementar 105/01 são absolutamente inaplicáveis à chamada “*operação cartão vermelho*”, pois nesta a informação obtida das operadoras de cartões de crédito/débito se limita aos valores movimentados pelas empresas, não havendo sequer identificação dos clientes, titulares dos cartões. Assim, a exigência de instauração de processo administrativo prévio, nos termos da citada lei complementar, é totalmente descabida, pois não se trata de requisição para um caso específico, v.g. um determinado contribuinte que caiu na “malha fina”, e sim de um procedimento ordinário sem alvo específico, uma obrigação acessória imposta às operadoras de cartão de crédito/débito.



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

CÂMARA JULGADORA
OITAVA

PROCESSO N°
DRT-15- 748586/2011

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

13. Para ilustrar o raciocínio ora desenvolvido, trago a colação recente acórdão da 7ª. Câmara de Direito Público do Egrégio Tribunal de Justiça:

"Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n° 0272162-29.2011.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que é agravante VANIN & VANIN COMERCIAL LTDA sendo agravado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO. ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V. U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores COIMBRA SCHMIDT (Presidente) e MAGALHÃES COELHO.

AGRAVO DE INSTRUMENTO - Decisão que indeferiu pedido de tutela antecipada para reenquadramento da impetrante no regime do SIMPLES - Impetrante excluída do regime tributário na base de elementos obtidos por meio do cruzamento de dados entre as informações prestadas pelas administradoras de cartões e aqueles apresentados pelo contribuinte, que permite saber qual a receita tributável - Amplos poderes nos quais está investida a Administração Tributária, em nome da supremacia do interesse público - Recurso improvido.

Vistos, etc. Cuida-se de agravo de instrumento interposto por Vanin & Vanin Comercial Ltda., no qual se insurge contra decisão monocrática que indeferiu pedido de antecipação da tutela para que a autora, ora agravante, fosse reenquadrada no regime do SIMPLES, com vista ao recolhimento do imposto relativo ao período de julho de 2007 a dezembro de 2008.

É o relatório

O recurso há de ser improvido, considerados os amplos poderes nos quais a Administração Tributária, em nome da supremacia do interesse



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

CÂMARA JULGADORA
OITAVA

PROCESSO N°
DRT-15- 748586/2011

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

público, está investida (arts. 194 a 200 do CTN).

É precisamente o cruzamento de dados entre as informações prestadas pelas administradoras de cartões e aqueles apresentados pelo contribuinte que permite saber qual a receita tributável.

Acerca da legitimidade desse tipo de diligência fiscal, cabe citar, por expressivo, o seguinte trecho de acórdão da 11ª Câmara de Direito Público deste E. Tribunal:

Ocorre – sustenta - que esse procedimento do Fisco louvou-se em informações obtidas por meio ilícito e com esteio em legislação inconstitucional, vale dizer, em informes fornecidos por empresas administradoras de cartões de crédito (...). No mais, conquanto a pretensão da agravante esteja fundada em argumentos instigantes, e haja invocação de precedentes da Col. 5ª Câmara de Direito Público desta Corte (Apelação Cível 0130457-83.2008.8.26.0053, j. 14.02.11, Rel. o Des. XAVIER DE AQUINO) e do Plenário do STF (R.E. 389.808-PR, m.v., j. 15.12.2010, Rel. o Min. MARCO AURÉLIO), verdade é que o procedimento adotado pelo Fisco Paulista, ao que se depreende, estaria lastreado em legislação vigente Leis estaduais 10.086, de 1998; 6.274, 4 de 1989, artigo 75, inciso X; Lei Complementar nacional nº 105, de 2001 (TJSP, 11ª Câmara de Direito Público, Agravo de Instrumento nº 0120222-17.2011.8.26.0000, Rel. Des. Aroldo Viotti, v.u., j. 04/07/2011).

Nestes termos, nego provimento ao recurso.

LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA

Relator.”

14. Ademais, a exigência fiscal em julgamento decorreu de procedimento fiscal prévio consubstanciado no plano de trabalho denominado “Operação Cartão Vermelho” que constitui ato administrativo apto a deflagrar procedimento fiscal para obtenção de informações dos contribuintes do ICMS junto às empresas operadoras de cartão de crédito/débito.



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

CÂMARA JULGADORA
OITAVA

PROCESSO N°
DRT-15- 748586/2011

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

15. Outrossim, em respeito aos direitos individuais consagrados na Constituição Federal, a recorrente teve oportunidade de rebater o levantamento fiscal efetivado nos termos da legislação de regência, pois, antes mesmo da lavratura do AIIM, foi notificada e tomou conhecimento dos totais mensais das operações com cartões fornecidos pelas empresas administradoras.

16. Assim, com a devida vênia, divirjo das conclusões tiradas pelo nobre juiz relator – Dr. Samuel Luiz Manzotti Riemma, pois entendo legítimo o levantamento fiscal feito com base no confronto entre os totais mensais dos valores informados pelas empresas administradoras de cartões de crédito/débito com os valores mensais de vendas informados pela recorrente, dispensando, para tanto, prévio processo administrativo.

17. Pelo que, tento afastado a premissa maior do voto do relator, passo a analisar os demais argumentos invocados pela recorrente.

18. Não há provas no sentido de que a recorrente comercializa exclusivamente produtos “O Boticário” cujo ICMS, em razão do regime de substituição tributária, já teria sido retido na origem.

19. Como bem assentado pela d. representação fiscal, *não há contrato ou alguma outra prova que a recorrente é representante credenciada dos produtos “O Boticário”, também não está comprovado que o fornecedor teria recolhido o ICMS antecipadamente, não havendo juntada de nota fiscal de aquisição.*

20. Ademais, o levantamento fiscal econômico se atém aos dados monetários, não identificando mercadorias ou quantidades em razão, por óbvio, da ausência das notas fiscais de circulação das mercadorias.

21. Em relação ao suposto caráter confiscatório da multa imposta, a alegação igualmente não merece guarida, pois aplicada em conformidade com a lei, sendo certo que o princípio constitucional do não confisco se restringe aos tributos, não sendo extensivo às sanções.



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

CÂMARA JULGADORA
OITAVA

PROCESSO N°
DRT-15- 748586/2011

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

22. Os juros de mora estão dispostos na Lei n. 13.918/2009, sendo compatível com o disposto no artigo 161 do CTN e com a Constituição Federal.

23. Há provas robustas que sustentam o AIIIM, pois os dados utilizados foram confirmados pela recorrente, que em nenhum momento contestou as informações financeiras prestadas pelas operadoras de cartões.

14. Por todo o exposto e por tudo o mais que dos autos consta, CONHEÇO DO RECURSO da atuada e, em divergência ao voto do i. juiz relator, NEGO-LHE PROVIMENTO, para manter a decisão de primeira instancia que julgou procedente o AIIIM inicial.

É como voto.

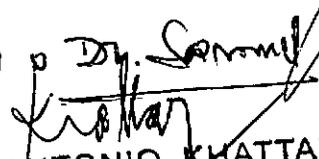
São Paulo, 13 de maio de 2012.


MARA REGINA CASTILHO REINAUER ONG
JUIZA COM VISTA

mantenho meu voto.

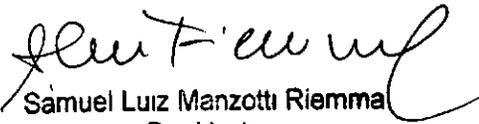

Samuel Luiz Manzotti Riemma
 Presidente

voto com a Dra. Mara R. C. R. Ong.

Acompanho p Dr. Samuel

JOSÉ ANTONIO KHATTAR

Ferrari
IDEL DALVA FERRARI

Desempato nos termos do meu voto.


Samuel Luiz Manzotti Riemma
Presidente

10/04/2017