



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

CÂMARA	PROCESSO	RECURSO
SUPERIOR	DRTC – III – 570.645/08	ESPECIAL

RECORRENTE	FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO		
RECORRIDA	MISKI ROTISSERIE LTDA		
RELATOR	ANTONIO AUGUSTO SILVA PEREIRA DE CARVALHO	AIIM 3.096.993-1	S. O.: não há requerimento

EMENTA

ICMS. Infrações relativas ao pagamento do imposto. "Operação Cartão Vermelho". Autuação viciada de "omissão de formalidades ou procedimentos essenciais". Invalidez do ato administrativo.

I — Observado o que estabelecem a Lei Complementar nº105/01, de cunho nacional, e o Decreto Estadual nº 54.240/09, a requisição, o acesso e o uso, pela Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, de dados e informações referentes a operações de usuários de serviços das instituições financeiras e das entidades a ela equiparadas não podem ser levados a efeito antes de se instaurar o processo administrativo tributário, ou de se dar marcha a regular procedimento de fiscalização, o que não foi respeitado no caso concreto. Diagnostica-se, sem dificuldade, que inválida a autuação: como está no art. 8º da Lei Estadual nº 10.177/98, são inválidos os atos administrativos que desatendam os pressupostos legais e regulamentares de sua edição, ou os princípios da Administração, aí incluídos, como destacado no seu inciso II, os casos de "omissão de formalidades ou procedimentos essenciais".

II — Recurso desprovido.

CAPITULAÇÃO DA INFRAÇÃO	CAPITULAÇÃO DA MULTA
(vide relatório)	(vide relatório)

1) Cuida-se de recurso especial interposto pela Fazenda Pública. Propósito: desconstituir a r. decisão que, proferida no exame do recurso ordinário aviado pela Administrada, foi pelo seu provimento parcial, dando-se como improcedentes a acusação e as exigências constantes do item "1.1" do AIIM, de cujo teor se transcreve o seguinte:

INFRAÇÕES RELATIVAS AO PAGAMENTO DO IMPOSTO:

- Deixou de pagar o ICMS no montante de R\$..., nos períodos de fevereiro, março, abril, maio, junho, julho, setembro, novembro e dezembro de 2006, conforme demonstrativo anexo, parte integrante deste, apurado por meio de levantamento fiscal realizado com fundamento no artigo 509 do RICMS/00, conforme se demonstra pelas cópias dos documentos juntados.

Itens, 1.1 a 1.8 do DDF

INFRIGÊNCIA: Art. 58, do RICMS (Dec. 45.490/00), Art. 10, inc. III, alínea 'a', do(a) ANEXO XX - DA MICROEMPRESA E DA EMPRESA DE PEQUENO PORTE.

CAPITULAÇÃO DA MULTA: Art. 527, inc. I, alínea "a" c/c § 1º e 10, do RICMS/00 (Dec. 45490/00).

2) Vale transcrever, da decisão recorrida, os seguintes trechos:

O contribuinte foi acusado na questão remanescente, item I.1 da exordial, de falta de pagamento do ICMS, no valor de R\$...

Entretanto, do exame dos documentos constantes dos autos verifica-se que não se confirma a elaboração do citado levantamento fiscal, nos moldes do referido



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

**CÂMARA
 SUPERIOR**

**PROCESSO
 DRTC - III - 570.645/08**

**RECURSO
 ESPECIAL**

artigo 509 do RICMS, inexistindo quaisquer dos elementos necessários à apuração de diferenças conforme os procedimentos regulamentares.

(omissis)

(...) o levantamento fiscal deve, em regra, observar procedimentos rígidos para a sua elaboração, demandando análises de estoques, entradas e saídas de mercadorias, serviços e despesas e ainda de elementos contábeis, podendo, até mesmo, em alguns casos, diante das dificuldades verificadas, darem lugar ao levantamento específico, quando possível.

(omissis)

Entretanto, no caso ora examinado, as Fichas de Conclusão Fiscal, elaboradas para cada mês, não trazem nenhum dos dados indicados na norma de regência, apontando tão somente um valor de diferença apurada.

(omissis)

Há ainda que se considerar que tendo o trabalho fiscal se baseado nas citadas relações fornecidas por empresas de cartão de crédito/débito, que se tratariam ao que parece de saídas promovidas nos valores e momentos nelas especificados, não se poderia lançar a acusação de ocorrência de movimento real tributável, como posta no AIIM, porque, nessa hipótese, repito, a meu ver, a acusação seria outra, com tipificação específica prevista no RICMS, tornando-se, portanto, inadequada a exigência imposta nos termos da inicial.

Diante do exposto, conheço do presente recurso para, no mérito, DAR-LHE PACIAL PROVIMENTO, para julgar insubsistente a exigência fiscal relativamente ao item I.1 do AIIM, com as devidas ressalvas para novo procedimento fiscal, e manter as acusações fiscais dos demais itens constantes do AIIM exordial.

3) No seu recurso especial, a Fazenda Pública afirma:

A autuação foi decorrente das atividades fiscais executadas a partir do Plano de Trabalho desenvolvido no âmbito da Diretoria Executiva da Administração Tributária, denominado "Operação Cartões" que tem como meta identificar, reprimir e inibir práticas de sonegação de impostos através de vendas sem emissão de documento fiscal.

A diferença apurada entre a receita declarada ao Fisco e a indicada pelas Administradores de Cartões de Crédito e Débito deu origem à acusação fiscal de falta de pagamento do imposto apurado por meio de levantamento.

omissis

Ressalta-se que as provas produzidas pela fiscalização, a par de poderem ser consideradas como uma presunção relativa ou "jûris tantum", nos trazem elementos suficientes para caracterizar a ocorrência de operações de vendas de mercadorias à margem da escrita fiscal. Assim, estando perfeitamente caracterizada a infração, requeremos que seja reformada a decisão recorrida com o restabelecimento integral do AIIM.

Invocando decisão que entende paradigmática, a Recorrente trata de cotejá-la à recorrida. Encerra a peça nos seguintes termos:

Diante do exposto, requer a V. Exa. que se digne receber o presente recurso e processá-lo, encaminhando-o, em prosseguimento, ao contribuinte para apresentação de contra-razões e, finalmente, submetê-lo a julgamento para reforma da decisão recorrida e restabelecimento do AIIM inaugural, pacificando-se, definitivamente, a questão.



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

CÂMARA
SUPERIOR

PROCESSO
DRTC – III – 570.645/08

RECURSO
ESPECIAL

4) Contrarrazões às fls. 190-198. Afirma a Contribuinte que a decisão indicada como paradigma pela Fazenda Pública não é bastante para amparar o conhecimento do apelo, visto não se tratar de decisão definitiva, mas de decisão que, em tese, poderia ser impugnada por meio de recurso. No tocante à matéria de fundo, aponta a decisão recorrida como acertada, pugnano circunstanciadamente por sua manutenção.

5) Era o que havia para relatar. Passa-se à fundamentação.

6) Rejeito a preliminar arguida pela Contribuinte: não há nada, no art. 49 da Lei Estadual nº 13.457/2009, que determine seja desconsiderada, para o fim de se demonstrar a ocorrência de dissídio jurisprudencial, uma decisão que, em tese, poderia ser impugnada por meio de recurso. Basta, isto sim, que se cuide de "acórdão não reformado", como está escrito, parecendo ocioso informar que a existência de um "acórdão não reformado" não implica necessariamente a existência de uma decisão proferida somente ao depois de submetido o caso à apreciação de todas as instâncias enumeradas na mesma Lei.

Verificando-se que a decisão indicada pela Fazenda Pública como paradigma era, ao menos quando da interposição do seu apelo, espécie do gênero "acórdão não reformado", não há de ser acolhida a objeção formulada pela Contribuinte, portanto.

7) Cotejada a decisão recorrida àquela indicada como paradigmática, resta evidenciada a existência de critérios de decidir dissonantes. Atendidos os requisitos de admissibilidade, o recurso é de ser conhecido.

8) Pois bem: comparadas as (i) informações que, antes de regularmente iniciado qualquer que seja procedimento fiscalizatório, obteve de empresas administradoras de "cartões de crédito e/ou débito", ao (ii) quanto a Contribuinte informara como seu movimento tributável de determinados períodos de tempo, concluiu a Fiscalização pela ocorrência de infrações relativas ao pagamento do ICMS.

9) Sucede que as referidas informações foram obtidas e examinadas pela Fiscalização sem que se atentasse ao quanto estabelecido na Lei Complementar nº105/01, de cunho nacional, e no Decreto Estadual nº 54.240/09: a requisição, o acesso e o uso, pela Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, de dados e informações referentes a operações de usuários de serviços das instituições financeiras e das entidades a ela equiparadas não podem ser levados a efeito antes de se instaurar o processo administrativo tributário, ou de se dar marcha a regular procedimento de fiscalização.

Salta aos olhos, muito especialmente, o menoscabo ao que vai nos artigos 4º, 5º e 6º, todos do Decreto Estadual nº 54.240/09.

Diagnostica-se, sem dificuldade, que inválida a autuação: como está no art. 8º da Lei Estadual nº 10.177/98, são inválidos os atos administrativos que desatendam os pressupostos legais e regulamentares de sua edição, ou os princípios da Administração, aí incluídos, como destacado no seu inciso II, os casos de "omissão de formalidades ou procedimentos essenciais".



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

CÂMARA SUPERIOR

PROCESSO DRTC - III - 570.645/08

RECURSO ESPECIAL

10) Diante do exposto, o recurso é desprovido.

Plenário Antônio Pinto da Silva,

28 de *agosto*

de 2012

ANTONIO AUGUSTO SILVA PEREIRA DE CARVALHO

Augusto
 AUGUSTO TOSCANO

sem efeito
 TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS
 JOSÉ PAULO NEVES
 Presidente

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

Celso Barbosa Junior

pele prazo de 5 dias (art. 029 do R.I.)

ficando adiado o julgamento.

SALA DAS SESSOES, em 22, 08, 2012

~~_____~~
Presidente
Antonio Augusto S.P. de Carvalho



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

CÂMARA
Superior

PROCESSO Nº
DRTC-III-570645-08

RECURSO
RECURSO ESPECIAL

RECORRENTE	FAZENDA PÚBLICA				
RECORRIDO	MISKI ROTISSERIE LTDA				
RELATOR	ANTONIO AUGUSTO SILVA PEREIRA DE CARVALHO	AIIM	3.096.993-1	S. ORAL	Não
Juiz com vista: CELSO BARBOSA JULIAN					
EMENTA					
<p>ICMS – LEVANTAMENTO FISCAL Diferença apurada com base nas informações prestadas pelas administradoras de cartões de débito e crédito, em cotejo com os valores oferecidos à tributação pelo contribuinte. Decisão recorrida que afastou a acusação fiscal, por ter o Fisco se baseado nas relações fornecidas pelas operadas de cartões, que tratar-se-iam, ao seu entendimento, de saídas de mercadorias promovidas sem documentação fiscal. Recurso interposto pela FESP defende a lisura da autuação baseada na obtenção de dados financeiros pelo Fisco que refletem a movimentação mercantil. - Com efeito, o sigilo bancário não é absoluto. Em nosso ordenamento, o sigilo cede ante o Poder Judiciário, ante o Fisco e ante as Comissões Parlamentares de Inquérito. As providências adotadas pelo Fisco vêm respaldadas pelo art. 75, X da Lei Estadual 6374/89 (na redação introduzida pela Lei 12.294/2006) pelo artigo 509-A do RICMS e pela Portaria CAT-87/2006. Recurso especial da FESP é conhecido e provido.</p>					

VOTO EM SEPARADO

Pedi vista dos presentes autos, em razão das particularidades da presente autuação.

Desde já, peço vênias ao d. juiz relator, Dr. Antonio Augusto Silva Pereira de Carvalho para adotar o seu profícuo relatório, que bem examinou os contornos da lide.

É recurso especial da FESP.

Almeja a desconstituição do v. aresto traçado pela C. 11ª Câmara Julgadora, na parte em que afastou a acusação fiscal.

A acusação fiscal é de falta de pagamento do ICMS, apurado por meio de levantamento fiscal nos moldes do artigo 509, do RICMS. O movimento real tributável decorre da diferença encontrada entre as informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito e débito e os valores das operações declaradas ao Fisco.

Em seu voto, entendeu o culto juiz relator de desprover o apelo fazendário sob o argumento de que: "as referidas informações foram obtidas e examinadas pela Fiscalização sem que se atentasse ao quanto estabelecido na Lei Complementar n. 105/01, de cunho nacional, e no Decreto Estadual n. 54.240/09: a requisição, o acesso e o uso, pela Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, de dados e informações referentes a operações de usuários de serviços das



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

CÂMARA
Superior

PROCESSO Nº
DRTC-III-570645-08

RECURSO
RECURSO ESPECIAL

instituições financeiras e das entidades a ela equiparadas não podem ser levados a efeito antes de se instaurar o processo administrativo tributário, ou de se dar marcha a regular procedimento de fiscalização. Salta aos olhos, muito especialmente, o menoscabo ao que vai nos artigos 4º, 5º e 6º, todos do Decreto Estadual n. 54.240/09. Diagnostica-se, sem dificuldade, que invalida a autuação: como está no art. 8º da Lei Estadual n. 10.177/98, são inválidos os atos administrativos que desatendam os pressupostos legais e regulamentares de sua edição, ou os princípios da Administração, aí incluídos, como destacado no seu inciso II, os casos de 'omissão de formalidades ou procedimentos essenciais'.

Ouso divergir.

Registro o que tenho decidido acerca do tema.

Inicialmente, não merece guarida a alegação de que a autuação seria nula porque teria ocorrido "quebra do sigilo bancário", sem autorização judicial.

Como afirma **SERGIO CARLOS COVELLO**, "*certo que o sigilo bancário não é absoluto. Ele possui limites legais e naturais que lhe estabelecem contornos. Em nosso ordenamento, o sigilo cede ante o Poder Judiciário, ante o Fisco e ante as Comissões Parlamentares de Inquérito. Trata-se de derrogações expressas do sigilo com escopo na ordem pública. Paralelamente, existem abrandamentos da obrigação fundados na vontade do titular do sigilo e na própria natureza da atividade bancária*". (RT-648/26)

Assim, não se pode cogitar de quebra de sigilo bancário, quando da prestação pelas operadoras de cartões, de informações sobre a movimentação financeira do contribuinte, eis que, tais dados, não serão divulgados ao público, mas sim, levados exclusivamente ao conhecimento do Fisco.

Não vejo, ademais, qualquer justificativa jurídica para se restringir que tais dados sejam repassados pelas instituições financeiras ao Fisco.

De fato, tem o contribuinte o dever de prestar todas as informações sobre sua movimentação mercantil, mediante o cumprimento de suas obrigações acessórias.

Tais deveres instrumentais representam o reflexo documental de suas atividades que, tem por escopo, fornecer os instrumentos necessários à apuração e verificação do tributo devido.

Aliás, o conhecimento dos dados relativos à movimentação financeira do sujeito passivo tem em mira, comprovar e testar a veracidade das informações constantes dos documentos fiscais por ele emitidos.

Para tanto, transcrevo a respeito, decisão do E. Superior Tribunal de Justiça:

(.....)



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

CÂMARA
Superior

PROCESSO Nº
DRTC-III-570645-08

RECURSO
RECURSO ESPECIAL

"EMENTA

RECEITA FEDERAL. QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO. LEGALIDADE. LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535 DO CPC. OFENSA À PORTARIA. NAO INCLUSAO DESSA ESPÉCIE DE ATO NORMATIVO NO CONCEITO DE "LEI FEDERAL". DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL INEXISTENTE. ALEGAÇÃO DE UTILIZAÇÃO DE PROVA ILÍCITA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FRANCISCO FALCÃO: *Trata-se de agravo regimental interposto contra a decisão de fls. 534/538.*

Naquela decisão, tendo como pano de fundo a questão da quebra do dever de sigilo bancário pela autoridade fiscal, explicitou-se:

- a) Não é possível a análise da alegada violação a dispositivos constitucionais, sob pena de usurpação da competência do STF;*
- b) a portaria 580/2001, não se caracteriza como "lei federal" para viabilizar a interposição de recurso especial;*
- c) no tocante ao dissídio jurisprudencial alegado não foram cumpridos os requisitos do artigos 255 do RI/STJ, inexistindo similitude entre os arestos em confronto;*
- d) ausência de violação ao artigo 535 do CPC;*
- e) a jurisprudência está no mesmo sentido do acórdão recorrido pela viabilidade da quebra de sigilo bancário sem prévia autorização judicial, para fins de constituição de crédito tributário não extinto;*
- f) incidência da súmula 7/STJ, no tocante à alegação de utilização de prova ilícita que teria motivado a quebra.*

No presente agravo regimental o recorrente alega:

- a) que efetivamente foi violado o artigo 535 do CPC porquanto restou omissa a argumentação acerca de:*

1 - O fisco não ter investigado, nem pedido acesso aos dados referentes ao patrimônio, rendimentos e atividades econômicas da empresa que foi atuada (pessoa jurídica). A Receita somente teria realizado tais atos em relação à pessoa física do recorrente, o qual seria totalmente estranho à empresa, tendo divulgado seus dados à empresa atuada, sem autorização e sem o cuidado da preservação do sigilo;

2 - O fato da Lei Complementar nº 105/2001 e seu Decreto regulamentador disciplinarem a quebra do sigilo bancário para fins fiscais não teria o condão de legitimar todo e qualquer ato administrativo que fundamenta lançamento de tributos;

- b) que a decisão não emitiu pronunciamento sobre a utilização de prova ilícita, sendo a argumentação vaga e inconclusiva;*
- c) que a Portaria da Receita Federal deveria ser examinada no âmbito do recurso especial;*
- d) no tocante ao dissídio jurisprudencial, afirma que existe similitude entre os arestos postos em confronto.*

Pugna pela reforma da decisão agravada.

É o relatório.



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

CÂMARA
Superior

PROCESSO Nº
DRTC-III-570645-08

RECURSO
RECURSO ESPECIAL

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.205.907 - PR (2010/0147895-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FRANCISCO FALCÃO (RELATOR): Não assiste razão ao recorrente.

Primeiramente, no tocante à alegada violação ao artigo 535 do CPC, verifico que o recorrente apontou, em síntese, duas omissões a serem saneadas.

A primeira diz respeito à ilegalidade da atuação da Receita na utilização de seus dados com transferência a terceiros.

Sobre o ponto, correta a decisão ao afirmar que não houve qualquer omissão, tendo o Tribunal explicitamente analisado o tema adotando o teor da sentença, da qual extraio o seguinte excerto:

"Não há, portanto, ocorrência de quebra de sigilo bancário, nem tampouco violação de intimidade bancária de terceiro ou mesmo transferência ilícita de dados a terceiros, posto que a planilha encartada às fls. 32/46, ao mencionar a dita movimentação bancária do impetrante, não acrescentou qualquer situação nova que já não fosse de seu conhecimento e da pessoa jurídica SIMBAL."

Como visto inexistiu a alegada omissão. Observe-se que para sindicarem se a convicção do magistrado estaria equivocada far-se-ia necessário o reexame do conjunto probatório o que é insusceptível no âmbito do recurso especial.

Sobre o segundo tema tido como omissão, qual seja, "o fato da LC 105/2001 não ter o condão de legitimar o ato administrativo", reconheça-se: faz parte de toda a argumentação descrita no acórdão recorrido, caracterizando a omissão, unicamente, inconformação com o decidido, o que é descabido no âmbito dos aclaratórios.

Quanto à discussão acerca da prova ilícita, como já explicitado acima, a tese do recorrente importa em reexame de provas. Incidência da súmula 7/STJ.

Sobre a utilização da Portaria da Receita como Lei Federal para os fins de viabilizar a utilização do apelo nobre, mantém-se intocada a Jurisprudência desta Corte que afasta tal utilização.

Nesse panorama confirmam-se, dentre outros julgados: AgRg no AREsp nº 11.712/RS, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe de 16/08/2011 e AgRg no REsp nº 1.061.669/RS, Rel. Min. SIDNEI BENETI, DJe de 01/07/2011.

Finalmente, no tocante ao alegado dissídio jurisprudencial, efetivamente, o recorrente deixou de realizar o cotejo analítico entre os arestos em confronto, o que é imposição do artigo 255 do RI/STJ.

Por outro lado, o recorrente ao citar o dissídio deixou ainda de indicar qual o dispositivo infraconstitucional que estaria sendo interpretado de forma divergente entre os arestos.

Tais as razões expendidas, nego provimento ao agravo regimental.

É o voto". (DJe: 06/12/2011)

Ademais, não há a pretendida ilegalidade na obtenção das informações prestadas pelas administradoras de cartões, sem que houvesse procedimento prévio instaurado ou em curso.(art. 6º, da LC-105/01).



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

CÂMARA
Superior

PROCESSO Nº
DRTC-III-570645-08

RECURSO
RECURSO ESPECIAL

As providências adotadas pelo Fisco vêm respaldadas pelo art. 75, X da Lei Estadual 6374/89 (na redação introduzida pela Lei 12.294/2006) pelo artigo 509-A do RICMS e pela Portaria CAT-87/2006.

Para que não parem dúvidas, transcrevo os dispositivos focalizados:

Art. 75, X da Lei 6374/89

"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; (Inciso acrescentado pela Lei 12.294/06 de 06-03-2006; DOE 07-03-2006; Efeitos a partir de 07-03-2006)"

Art. 509-A, VI, §§1º e 2º. do RICMS/00

"Artigo 509-A - Presume-se a ocorrência de omissão de operações e prestações de serviços tributáveis, realizadas sem o pagamento do imposto, nas seguintes hipóteses (Lei 6.374/89, art. 74-A, acrescentado pela Lei 13.918/09, art. 12, XIII):

[...]

VI - declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito ou débito;

§ 1º - Para fins da apuração do imposto identificado nos termos deste artigo, aplicam-se, no que couberem, as disposições do artigo 509.

§ 2º - Diante da presunção de que trata este artigo, caberá ao contribuinte o ônus da prova da não ocorrência dos fatos geradores ou do pagamento do imposto" (grifei)

Portaria CAT-87, de 2006.

"Portaria CAT-87, de 18-10-2006

(DOE 19-10-2006; Republicação 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.



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

CÂMARA
Superior

PROCESSO Nº
DRTC-III-570645-08

RECURSO
RECURSO ESPECIAL

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 nº 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. (Redação dada ao artigo pela Portaria CAT-154/11, de 09-11-2011, DOE 10-11-2011)

§ 1º - As informações referidas no caput deverão ser:

1 - fornecidas por número de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas - CNPJ;
 2 - apresentadas em arquivo eletrônico, um para cada período de referência, observando-se o "Manual de Orientação" anexo ao Protocolo ECF-04/01, de 24 de setembro de 2001, disponível no endereço eletrônico http://www.fazenda.gov.br/confaz/confaz/protocolos/ECF/PT004_01.htm.

§ 2º - O arquivo eletrônico elaborado nos termos do § 1º deverá ser:

1 - validado pelo programa validador TEF, disponível no endereço eletrônico <http://www.sintegra.gov.br>;

2 - transmitido à Secretaria da Fazenda mediante a utilização do programa "Transmissão Eletrônica de Documentos - TED", disponível no endereço eletrônico <http://www.sintegra.gov.br>, ou do programa "Transmissão Eletrônica de Arquivos - Connect:Direct".

§ 3º - A Secretaria da Fazenda, mediante requerimento da empresa administradora de cartões de crédito ou débito, poderá conceder regime especial para autorizar a entrega do arquivo eletrônico em meio ou forma diversos dos previstos neste artigo.

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 <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.



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

CÂMARA
Superior

PROCESSO Nº
DRTC-III-570645-08

RECURSO
RECURSO ESPECIAL

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

Ademais, é sabido que a ação fiscal combatida escora-se em rotina administrativa de trabalho, desenvolvida pela Diretoria Executiva da Administração Tributária, denominada “Operação Cartão Vermelho”.

Esse plano de trabalho, veiculado através de Ofício Circular, tem por escopo coibir e reprimir práticas de sonegação fiscal representadas por vendas feitas com cartões, sem a correspondente emissão de documento fiscal.

É seguramente um ato administrativo que visa dar início ao procedimento fiscal que cuida de investigar sobre o comportamento fiscal do contribuinte que recebeu por suas transações mercantis – o pagamento por cartão. (débito e crédito).

Embora tal se dê pela via reflexa, amolda-se, a meu ver, ao quanto disciplinado pelo artigo 6º, da Lei Complementar n. 105/01.

Sobre o tema, valioso é o ensinamento de EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI, para quem, “a Lei Complementar 105, trata, pois, de mecanismo de produção de prova no procedimento administrativo, e, como tal, necessariamente inquisitório: faz parte da obrigação da autoridade fiscal seguir rigorosamente a legislação que regula o procedimento de apuração de fatos (provas) destinados a formação da motivação do ato de lançamento tributário. É tão apenas, após a notificação do ato de lançamento que se deve falar em exercício do contraditório. Até então, estamos diante das atividades vinculadas da Administração, voltadas a formalização do crédito tributário. [...] Ora, sem os meios de prova necessários a constituição do lançamento o contraditório e a ampla defesa perdem seu objeto. Em verdade, é a transferência do sigilo bancário para a Administração Pública, exaustivamente disciplinada na Lei Complementar 105 e seus regulamentos, que garante e incrementa a realização efetiva do devido processo legal, sendo que qualquer ilegalidade neste procedimento estará sempre sujeita a apreciação do Poder Judiciário”. [grifei] (“in, RDT n. 107/08, Malheiros p.75-76”)

Acrescenta-se o Decreto n. 54.240/2009, que regulamenta a aplicação do artigo 6º, da Lei Complementar n. 105, de 2001. Em seu art. 2º, §1º, referido diploma considerou “*como iniciado o procedimento de fiscalização, a partir da emissão da ordem de fiscalização, de notificação ou ato administrativo que autorize a execução de qualquer procedimento fiscal, como previsto no artigo 9º, da Lei Complementar Estadual 939, de 2003*”.

Sob este prisma, o próprio AIIM informa:

(a) já havia ordem de serviço de fiscalização, baseado em plano de trabalho da DEAT, denominado “Operação Cartão Vermelho”;

(b) a contribuinte foi previamente intimada a prestar os esclarecimentos necessários e apresentar os documentos que viessem a desfazer a pretensão fiscal de presunção de vendas omitidas da tributação.



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

CÂMARA
Superior

PROCESSO Nº
DRTC-III-570645-08

RECURSO
RECURSO ESPECIAL

Se porventura, assim não for compreendido, não há nulidade na autuação.

O processo rege-se pelo princípio da instrumentalidade das formas, donde só se considera nulo, o ato que não se enquadrar no modelo legal respectivo, e simultaneamente não atingir seus fins.

A mera irregularidade formal não tem o condão de contaminar os atos subsequentes.

Por isso, podem ser convalidados os atos praticados pelo Fisco, que não causaram prejuízo à defesa (*não demonstrado*), e que atingiram sua finalidade.

Advirto que o particular teve total oportunidade de contestar a acusação fiscal nas diversas fases do contencioso administrativo.

Por tais razões e fundamentos, rejeito a alegada nulidade no lançamento tributário. Daí porque, conheço, e dou provimento ao recurso intentado pela FESP, para restaurar a acusação fiscal, tal como posta no AIIM.

Plenário, 18/09/2012

CELSO BARBOSA JULIAN
 Juiz c/ vista



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA
SUPERIOR

PROCESSO Nº

DRTC III - 570645/2008

RECURSO
ESPECIAL

VOTO EM SEPARADO

Acompanho Dr. Julian, com os fundamentos a seguir:

Falta de pagamento do imposto apurado por meio de levantamento fiscal - Operação Cartão Vermelho. Cotejo dos documentos fiscais emitidos pelo contribuinte e declaração dos valores repassados à empresa por administradoras de cartão de crédito. Contribuinte entende violado o sigilo bancário. Autuação correta, considerando que:

- a Administração é competente para erigir obrigações acessórias a teor do artigo 113 do CTN;
- a exigência de conjugação da emissão do cupom fiscal com o comprovante de pagamento se faz necessário para o controle do cumprimento da obrigação tributária;
- as informações conferidas pelas administradoras de cartões de crédito ou débito ao Fisco não implicam quebra de sigilo ou privacidade da pessoa jurídica, mas apenas repasse de dados para a Administração Pública, autorizada por lei, como medida fiscalizatória;
- autuação do Fisco que se insere no poder de polícia; descaracterizada a quebra de intimidade ou de sigilo, cuidando-se apenas de transferência de dados para a Administração Pública.
- o contribuinte tem oportunidade de prestar os esclarecimentos que julgar necessários para comprovar que tais situações não sejam passíveis de tributação.
- não há que se falar em "sigilo bancário" em relação a informações que, pelo ordenamento jurídico, conforme art. 251, §2º RICMS/00, Portarias CAT-55/98 e 80/01 e Convênio ECF-01/98, já deveriam constar no próprio Cupom Fiscal, sendo que desse documento foram subtraídos numa atitude ilícita do contribuinte.
- **CONHEÇO DO RECURSO ESPECIAL E DOU PROVIMENTO, REFORMANDO A DECISÃO RECORRIDA. E RESTABELECENDO A ACUSADA**

REFORMANDO

JOSÉ ROBERTO ROSA

Manter-se o voto que
profiz na sessão de
28 de agosto de 2012.


Antonio Augusto S.P. de Carvalho

Com o Dr. Julian



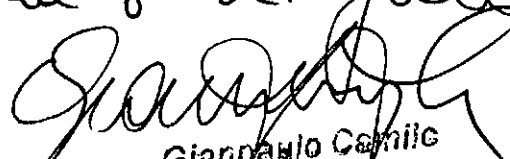
AUGUSTO TOSCANO

Com o Dr. Antonio Augusto




Luiz Fernando Mussolini Jr.

Com o Dr. Julian



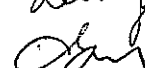
Gianpaolo Camille
Dringoli


Celso Alves Ferraz

Com o Dr. Julian

FRANCISCO ANTONIO 

Com o Dr. Julian



EGLE PRANDINI MACIOTIA



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


FOLHA Nº

CAMARA SUPERIOR

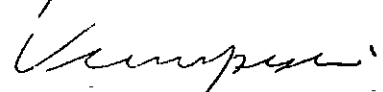
PROCESSO Nº

DRIC-III-570645/08

Com o Dr. Julian.


Paulo Gonçalves da Costa Junior

por o A. ARNONIO AUGUSTO


VICENTE DO CARMO SAPIENZA

DRTC III - 570645/2008

Pedi preferência para expor meu entendimento acerca da questão em discussão no presente processo.

Trata-se de acusação de falta de pagamento do imposto, apurada por meio de levantamento fiscal feito no bojo da chamada operação cartão vermelho.

Com relação à questão do sigilo bancário, invocado com base no art. 6º da Lei Complementar 105/91, entendo que ele não foi quebrado em momento algum do procedimento de fiscalização.

A regra do referido art. 6º é dirigida às instituições financeiras, e não aos contribuintes do ICMS, conforme se extrai de seu texto, que tem a seguinte dicção:

“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. (Regulamento)”

Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.”

Verifica-se claramente que esse dispositivo se orienta no sentido de proteger o direito de sigilo a que fazem jus as instituições financeiras, de modo que, se alguém é prejudicado com a violação do disposto nesse artigo, esse prejudicado é a instituição financeira.

As instituições financeiras envolvidas nessas ações fiscais, porém, parece que nunca vislumbraram qualquer violação a direito seu, na medida em que nunca se insurgiram contra as notificações que lhe são feitas para prestar informações sobre movimentações feitas com cartões de crédito.

Observe-se que o fisco paulista não vai às instituições financeiras para “examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras”. Logo, o procedimento do fisco paulista não se encontra subsumido ao conteúdo dessa regra de lei complementar federal, qual seja, o art. 6º da LC 105/01.

Não pode o contribuinte do ICMS paulista, que não é tutelado pela regra desse artigo, invocar sua violação a seu favor.

Pelo que consta dos autos, por outro lado, a notificação às instituições financeiras sempre é feita com base em documento que autorizou a coleta dessas informações. Logo, A Fazenda Pública estava autorizada a agir como agiu.

Não bastasse isso, porém, vale lembrar que o procedimento fiscal não se instaura apenas com a expedição de NIF ou de OSF, mas de qualquer um dos atos relacionados no §§ 2º, 3º e 4º do 88 da Lei Estadual 6.374/89, que tem a seguinte dicção:

“Artigo 88 - O contribuinte que procurar a repartição fiscal, antes de qualquer procedimento do fisco, para sanar irregularidade relacionada com o cumprimento de obrigação pertinente ao imposto fica a salvo das penalidades previstas no artigo 85, desde que a irregularidade seja sanada no prazo cominado.

...

§ 2º - Para efeito de excluir a espontaneidade da iniciativa do infrator, considera-se iniciado o procedimento fiscal:

1 - com a notificação, intimação, lavratura de termo de início de fiscalização ou de auto de infração;

2 - com a lavratura de termo de apreensão de mercadoria, documento ou livro ou de notificação para sua apresentação.

§ 3º - O início do procedimento alcança todo aquele que esteja envolvido na infração apurada pela ação fiscal.

§ 4º - A critério da Secretaria da Fazenda, o contribuinte poderá ser comunicado sobre divergências ou inconsistências identificadas entre as informações por ele prestadas ao fisco e as informações prestadas por terceiros, recebidas ou coletadas pelo fisco no exercício regular de sua atividade, hipótese em que ficará a salvo das penalidades previstas no artigo 85 desta lei, desde que sane a irregularidade no prazo indicado na comunicação. (Parágrafo acrescentado pela Lei 13.918, de 22-12-2009; DOE 23-12-2009)”

No caso, a lei paulista fixa o início do procedimento fiscal não só com a expedição de NIF ou de OSF, mas de qualquer outro ato ali mencionado, inclusive a mera notificação para prestação de informação e exibição de documentos.

E isso foi feito.

E mais, o início do procedimento, mediante a expedição de qualquer notificação, alcança a todos que estiverem envolvidos com infrações praticadas.

Com relação ao Decreto 54.240/09, vale destacar o que consta de sua ementa, nos seguintes termos:

“JOSÉ SERRA, Governador do Estado de São Paulo, no uso de suas atribuições legais, tendo em vista o disposto no artigo 6º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001 e na Lei Complementar Estadual 939, de 03 de abril de 2003, Decreta:”

Como o referido decreto vem expressamente para regulamentar o disposto no art. 6º da LC 105/01 e como esse artigo só protege e alcança as instituições financeiras, suas normas devem ser interpretadas à luz do direito dessas empresas, não sendo passíveis de serem invocados por aqueles que não sejam instituições financeiras.

O mesmo se diga sobre a Portaria CAT 12/10, que veio para disciplinar o conteúdo dos arts. 8º e 9º do supracitado decreto.

“O Coordenador da Administração Tributária, tendo em vista o disposto nos artigos 8º e 9º do Decreto 54.240, de 14 de abril de 2009 e considerando o teor do artigo 198 do Código Tributário Nacional e do inciso XVIII do artigo 4º da Lei Complementar Estadual n.º 939, de 3 de abril de 2003, bem como a consequente

DRAC III - 570645/2008

necessidade de manutenção do sigilo fiscal das informações obtidas pela Secretaria da Fazenda nas hipóteses previstas em lei, expede a seguinte portaria:"


Desse modo, não vejo base legal para que contribuintes do ICMS, que não são empresas financeiras, se beneficiem das supracitadas normas para alegar qualquer quebra de sigilo ou violação ao seu direito de intimidade.

No mais, com J. Juliana



FERNANDO MORAES SALLABERRY

Com o Sr. Antonio Augusto



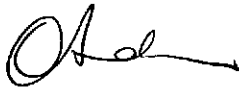
Vanessa P. Rodrigues Dornelles

Com o Sr. Antonio Augusto



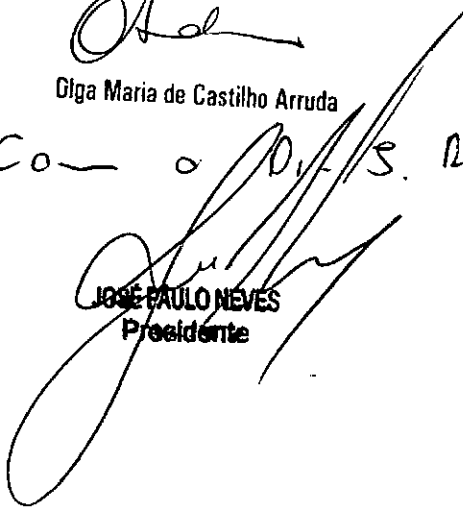
EDUARDO PEREZ SALUSSE

Com o Sr. J. Rosa



Olga Maria de Castilho Arruda

Com o Sr. S. Rosa



JOSE PAULO NEVES
Presidente