



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

CAMARA
CAMARA SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRTC-III-862050/10

RECURSO
ESPECIAL

RECORRENTE	LUZITANA COMERCIAL DE COUROS LTDA				
RECORRIDA	FAZENDA PUBLICA				
RELATOR(A)	Francisco A Feijó	AIIM	3142829	S. ORAL	SIM <input checked="" type="checkbox"/>

EMENTA	
Há Protesto por Sustentação Oral (fls. 338).	
CAPITULAÇÃO DA INFRAÇÃO	CAPITULAÇÃO DA MULTA .
Artigo 58, 87, 215, 223, 253, RICMS/00	- Artigo 527, inciso I, alínea " a ", c/c/ parágrafo 1 e 10, RICMS/00 e artigo 85, inciso I, alínea " a", c/c/ parágrafo 1 e 10, RICMS/00.
	-

RELATORIO

A contribuinte é acusada de deixar de pagar ICMS, no montante de R\$ 531.127,98, nos períodos de janeiro/2006 a novembro/ 2.009(item I) e, período de dezembro/2009 (item II), apurado por meio de levantamento fiscal realizado com fundamento no artigo 509, do RICMS/00, com base em informações fornecidas pelas empresas de cartão de crédito e débito, e as diferenças apuradas em relatório circunstanciado, e o imposto calculado pela alíquota de 18%.

A decisão singular (fls. 248/263), julgou improcedente a acusação fiscal, interpondo o D. julgador, recurso de ofício a este E. TIT, contra arrazoado pela Fazenda Pública (fls.266/277), pugnando pela reforma dessa decisão e pela contribuinte(fls. 281/284), pugnando pela sua manutenção.

Esse recurso de ofício foi julgado pela D. 5ª. C. Julgadora(fls. 289/312) que, não a unanimidade, deu provimento para restabelecer a exigência inicial do AIIM.

Inconformada ingressou a contribuinte com este ESPECIAL(fls. 314/338), protestando por sustentação oral e argumentando que este recurso deve ser conhecido, em razão da decisão divergir do decidido nos Processos DRT -06- 681468/10, DRT- 5- 1206/91 e DRT-3- 3201/89.

Entende a contribuinte que a acusação está embasada em provas obtidas sem observância dos procedimentos legais, ao contrário do que foi decidido no primeiro paradigma citado em que foi entendido ser necessário a instauração prévia de procedimentos, bem como a manutenção do sigilo, conforme disposto no parágrafo 5, da LC 105/91. O pedido, somente poderia ser feito, quando houvesse a instauração prévia de processo administrativo e tais exames, considerados indispensáveis pela autoridade competente.

Transcreve o artigo 2 do decreto 54 240/09, e cita a Lei 12 294/06 que alterou a lei 6.374/89 e a Portaria CAR 87/06, que tratam da obrigatoriedade de fornecimento das informações



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

CAMARA
CAMARA SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRTC-III-862050/10

RECURSO
ESPECIAL

pelas operadoras de cartão de crédito/ débito, sobre as operações realizadas pelos contribuintes do ICMS no Estado de São Paulo.

Acrescenta que essa obrigatoriedade, entretanto, não deve servir de pretexto para se burlar os requisitos impostos pela própria LC e, posteriormente pelo Decreto 54 240/09 e a CAT 12/10.

Transcreve o artigo 1 da Portaria CAT 12/10 e acrescenta que o AIIM foi lavrado em 22.11.2010, em data posterior ao início da vigência desses dois dispositivos.

Traz trecho do voto do D. Juiz André Ricota que foi derrotado na câmara, em que o mesmo refere que o E STF se manifestou a respeito da inconstitucionalidade da quebra de sigilo das operações bancárias ou financeiras sem ordem judicial.

Entende que houve cerceamento de defesa, e traz como suporte dessa afirmação, a decisão lançada no segundo paradigma, Processo DRT- 5- 1206/91, afirmando que quando da lavratura do AIIM, não lhe foi entregue, o principal documento da acusação, ou seja o extrato das eventuais operações que teriam sido realizadas com cartão de crédito, entregues pelas administradoras.

Esse procedimento, em seu entender, ocasionou o total cerceamento de sua defesa.

Se refere ao aresto recorrido e a procedência da acusação, comparando a decisão recorrida com o que foi lançado no terceiro paradigma, Processo DRT3- 3201/90 em que foi considerado a necessidade de ser demonstrada e fundamentada a acusação.

No Mérito, entende que as provas foram obtidas por meios contrários à lei e, portanto, não se pode aceitar que um órgão julgador como o TIT acolha proposições descabidas como razão de decidir e imponha exigência de tributo e penalidades sem qualquer suporte factual capaz de dar higidez à exação e às sanções.

Entende que o acórdão recorrido, não tem fundamentos para afastar o seu direito, concluindo por presunções, que não resistem ao embate com o conjunto probatório hospedado nos autos.

Entende que caberia ao fisco uma investigação mais apurada dos fatos, e que os elementos que orientaram o Sr. Agente fiscal para lavrar o auto de infração, não lograram em seu entender, superar o campo da presunção.

Em seu pedido, pugna pela adoção do mesmo critério jurídico de julgamento, constante do paradigma invocado.

Que seja acolhida a preliminar de nulidade do lançamento, por terem sido as informações das operações com as operadoras de cartões de crédito/débito, utilizadas sem prévio procedimento administrativo.

Caso não seja assim entendido que seja acolhida a preliminar de cerceamento de defesa, para que outro auto de infração seja lavrado, desta vez com a entrega de todos os documentos que embasaram a acusação.

Caso não sejam acolhidas as preliminares, que seja conhecido e provido este recurso, para reformar o aresto recorrida, declarando a insubsistência do auto de infração.

Manifestação da D. R. Fiscal (fls. 368/376), pelo não conhecimento do recurso quanto as preliminares e pelo conhecimento quanto ao mérito, mas pelo seu desprovimento.

No que se refere ao aresto extraído do Processo DRT- 5- 1206/91, entende não deva ser conhecido o apelo, por falta de juntada de sua cópia integral, além de não servir ao confronto, por se estar diante de matéria de prova.



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

CAMARA
CAMARA SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRTC-III-862050/10

RECURSO
ESPECIAL

No tocante ao aresto extraído do Processo DRT- 3- 3201/90, não se presta, pois também não foi juntada a cópia integral e ainda por falta de identidade entre as situações fáticas, pois o acórdão recorrido, pautou-se no livre convencimento dos julgadores e foram indicados expressamente os motivos de convencimento que independe da vontade dos litigantes.

E, quanto a alegada falta de entrega de documentos como a arguição de que houve presunção fiscal e ainda a alegação de que os exercícios de 2006 e 2007, já tinham sido fiscalizados, encontram-se superados, alguns desde a primeira instância, como demonstra a decisão recorrida, ao transcrever fls. 305, trecho da manifestação fiscal sobre a defesa (fls. 243/247).

Traz a D. R. Fiscal, decisão lançada no processo DRT- 5- 122227/10, em que foi mantido o auto de infração e DRT- 5- 129639/10, no mesmo sentido.

Em ambos os casos, a decisão foi tomada à vista do disposto na Lei 6.374/89, com a redação dada pela Lei 13 918/09, que define que é presumida a ocorrência de omissão de operações tributáveis, realizadas sem o pagamento do imposto, na hipótese de haver declaração de vendas, pelo contribuinte, em valores inferiores às informações fornecidas pelas instituições financeiras e administrativas de cartões de crédito ou débito..... (fls. 372).

Transcreve decisão no DRT- 1- 210661/10, que se refere ao convênio ECF 01/2001, ratificado pelo CONFAZ, pelo qual o contribuinte usuário do ECF poderia optar uma única vez por autorizar a administradora de cartão de crédito/débito, a fornecer às Secretarias de Fazenda e Receita Federal, na forma e nos prazos e relativamente aos períodos determinados pela legislação de cada unidade federada, o faturamento do estabelecimento usuário do equipamento.

E mais, na referida decisão consta - “ assim, além de não ter ocorrido qualquer quebra ilegal de sigilo de informações pelo fisco, os dados fornecidos pelas empresas administradorasdeveriam apenas confirmar os dados já previamente fornecidos pelos próprios contribuintes nos momentos previstos na legislação.”

E conclui essa decisão - “ ... ao contrário do que argumenta o contribuinte, o trabalho não foi baseado em presunções, mas sim , em provas obtidas pelo fisco, na forma permitida pela legislação”.

Acrescenta ainda a D. R. Fiscal, além de longo arrazoado que, a autuação foi decorrente de atividade fiscal executada a partir de Plano de Trabalho denominado operações cartões desenvolvida pela DEAT com o objetivo de coibir e reprimir práticas de sonegação de impostos, por meio de vendas com cartão, sem a correspondente emissão de cupom fiscal. Havendo Protesto por Sustentação Oral (fls. 338), devolvo ao setor competente para designação de data.

São Paulo,

Francisco Antonio Feijó
 Relator

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS
CÂMARA SUPERIOR
SUSTENTAÇÃO ORAL

CERTIFICO que o interessado ~~NÃO~~ compareceu
à Sessão de hoje desta Câmara.

SALA DAS SESSÕES, em 25, 04, 2012


SECRETÁRIO



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA	PROCESSO Nº	RECURSO
CAMARA SUPERIOR	DRTC-III-862050/10	ESPECIAL

RECORRENTE	LUZITANA COMERCIAL DE COUROS LTDA					
RECORRIDA.	FAZENDA PUBLICA					
RELATOR(A)	Francisco A Feijó	AIIM	3142829	S. ORAL	SIM	X
EMENTA						
<p>ICMS- CARTÃO VERMELHO- A contribuinte foi acusada de ter deixado de pagar ICMS, apurado por meio de levantamento efetuado com base em informações fornecidas por administradoras de cartão de crédito, em confronto com informações fornecidas pela própria contribuinte. Decisão recorrida não a unanimidade, deu provimento ao recurso de ofício da Fazenda Publica, restabelecendo a exigência inicial do AIIM. A contribuinte levanta preliminares em seu ESPECIAL e, no mérito, pede a reforma da decisão recorrida, com a insubsistência do auto de infração que teria sido lavrado sem a adoção de prévios procedimentos administrativos. Paradigmas se prestam ao confronto. Preliminares afastadas. Recurso da contribuinte conhecido, mas negado provimento para manter a decisão recorrida que em meu entender não merece reparos.</p>						
CAPITULAÇÃO DA INFRAÇÃO			CAPITULAÇÃO DA MULTA .			
Artigos 58, 87, 215, 223, 253, RICMS/00,			- Artigo 527, inciso I, alínea " a ", c/c/ parágrafo 1 e 10, RICMS/00 e artigo 85, inciso I, alínea " a ", c/c/ parágrafos 1 e 10 do RICMS/00.			
			-			

Entendo que este processo encontra-se em condições e ser julgado.

DECISÃO

Este processo trata do assim chamado " CARTAO VERMELHO, que na realidade nada mais é que o confronto de informações obtidas pelo fisco, junto às administradoras de cartões de crédito, com aquelas prestadas pela própria contribuinte.

Como é conhecido de todos, os cartões de crédito/débito existem para facilitar a vida de todos nós, evitando que se precise carregar moeda ou cheques.

As informações que as administradoras de cartões de crédito possuem, são geradas pelos próprios estabelecimentos comerciais, pois cada uma das operações praticadas com o cartão, precisa ser autorizada previamente pela operadora, para a própria segurança do estabelecimento comercial e do usuário, permitindo ainda o cartão, o parcelamento do pagamento.

A seu turno, as empresas que se utilizam de cartões de crédito, devem registrar essas operações, normalmente, como registram aquelas que são liquidadas em dinheiro ou em cheque, bem como registrar eventuais cancelamentos, ou devoluções de mercadorias, ou separar a venda de mercadorias, das operações sujeitas ao ISS, pois o cartão de crédito e débito, serve para liquidar qualquer tipo de operação, não só o de circulação de mercadorias.



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA
CAMARA SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRTC-III-862050/10

RECURSO
ESPECIAL

Para efeito contábil, o valor recebido em cartão de crédito/débito, deve ser registrado em uma conta própria do ativo da empresa e quando resgatado pela administradora do cartão, transformado em moeda circulante e, a contra partida do lançamento inicial de emissão do cartão, deve identificar se a operação é de saída de mercadoria ou de serviços e deverá a contabilidade da empresa, registrar eventuais cancelamentos dessas operações, tudo de acordo com as informações geradas pelas próprias máquinas fornecidas pelas operadoras que cobram o aluguel das mesmas, junto com a taxa de administração sobre o valor das operações realizadas.

Ao mesmo tempo, as empresas contribuintes, eletronicamente, deverão registrar todas essas operações, pois deverão transmiti-las ao fisco, através das guias de informações- GIAs.

Portanto, o que faz a operadora do cartão de crédito, é ser a intermediária, na transação, autorizando o portador do cartão de débito/crédito de sua "bandeira", a liquidar através do mesmo, uma compra ou um serviço tomado, de uma empresa, com a qual mantém contrato e, no final de período contratado com a empresa, liquidar o valor dos cupons de vendas emitidos pelas máquinas, trocando-os por moeda, após o ajuste feito com essas empresas, de vendas ou serviços cancelados, informações essas prestadas pela própria empresa contribuinte.

Nada mais do que isso.

A seu turno na empresa, sendo o cartão de crédito/débito, uma forma de pagamento, é importante verificar se o montante dos cartões emitidos no mês, mais as vendas em dinheiro ou em cheques, mais os cancelamentos, fecham em seu valor total, no que concerne as notas emitidas e os registros fiscais, que levaram a apuração do valor do imposto a pagar.

Muito simples a operação e nada muda, no conceito contábil.

O que se verifica nestes autos é que o fisco, com base em dispositivo legal, consubstanciado no disposto no artigo 509 do RICMS/00, solicitou às empresas administradoras de cartões de crédito que informassem o montante mês a mês, das vendas efetuadas pelos contribuintes do ICMS que se utilizam desse tipo de cartão.

Recebidas essas informações, o fisco notificou esses contribuintes, como se verifica nestes autos, dando conta de que tinha em seu poder, as informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito, referentes ao período determinado e que deveriam eles contribuintes, justificar em um prazo de 10 dias, aquelas operações que se referissem a venda de serviços, cancelamentos de operações, saídas referentes a mês posterior ao do pagamento efetuado com cartão, enfim, que o contribuinte efetuasse a conciliação dos valores apresentados pela administradora, com aquelas contidos em sua escrituração fisco/contábil, para que fosse possível concluir qual o efetivo montante das vendas sujeitas ao ICMS realizadas no período.

Reitero que as informações prestadas pela empresa à administradora de cartão de crédito e por essa entregues ao fisco paulista, são as mesmas, não havendo, portanto, que se falar em informações preservadas pelo sigilo, ou que devessem ser previamente objeto de processo administrativo próprio.

Insisto, as informações prestadas pelas administradoras dos cartões de crédito, foram geradas pela própria contribuinte, quando das transações praticadas com esses cartões, e o fisco nada mais busca, que conciliar essas informações, com os registros delas decorrentes,



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

CAMARA
CAMARA SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRTC-III-862050/10

RECURSO
ESPECIAL

não se tratando de levantamento fiscal que envolveria estoques, pois não se está pedindo contagem de mercadorias e sim, conciliando-se informações não preservadas por sigilo, como ocorre com o fisco federal que anualmente solicita se faça a declaração de ajuste anual física ou jurídica, se utilizando de informações contidas em seu banco de dados, obtidas das mais diversas fontes, e que ficam aguardando que apresentemos esse ajuste e pelo confronto, sejam apuradas as inconsistências e sejamos intimados a esclarecer, sob pena de autuação.

Nada mais do que isso acontece no assim chamado **CARTÃO VERMELHO**.

Não vejo cerceamento de defesa, ferimento ao direito constitucional, como inclusive salientado na manifestação da Ministra Ellen Gracie do STF.

A contribuinte por disposição legal, passou a adotar controles magnéticos que deve fornecer ao fisco, quando solicitada, porque esses registros substituem registros em papel, como ocorreu no caso dos autos.

Verifico que consta nos autos o disquete com o arquivo fiscal da autuada e a degravação do mesmo.

Volto a me socorrer do fisco federal, e saliento que a DIRF fornecida pelas empresas, com as informações individuais de empregados ou outros, e os informes fornecidos pelos bancos, tudo isso, compõem um elenco de fontes que abastecem os arquivos fiscais e desenvolvem programas de fiscalização que permitem, obter conclusões sobre a certeza das informações prestadas e apurar as faltas e erros cometidos.

O convênio existente entre os fiscos estaduais, municipais e federais, ai está e não quebra o sigilo bancário, ou fere a constituição, no que concerne a liberdade de informações.

A maior defesa que os contribuintes podem utilizar está na contabilidade, nos próprios registros fiscais. É necessário responder a solicitação fiscal e mostrar que os dados estão certos e se não estão porque razão isso aconteceu, por falha na informação da operadora, ou falha na informação contida no registro magnético.

A contribuinte levanta em seu recurso, duas preliminares(fls. 317), a primeira a de que a autuação está embasada em provas obtidas sem observância dos procedimentos legais, trazendo em suporte desse pedido, a decisão lançada no processo DRT- 6- 681.468/10. Este é o ponto fulcral discutido neste processo, o cerne da questão. Entendo que se confunde com o mérito e decidirei no final.

A segunda, de cerceamento de defesa, pela não entrega dos documentos que embasaram a acusação, traz como paradigma aresto extraído do Processo DRT- 5- 1206/91, no qual a decisão se refere a autuação ter sido feita a vista de amostragem, que não tem relação com a questão de suposta não entrega de documentos por administradoras de cartões de débito/crédito e os demonstrativos fiscais são suficientemente claros, para a formulação da defesa, como foi feito pela contribuinte.

Concluo, portanto, que as preliminares devem ser afastadas.

No mérito, sou obrigado a concluir que não tem razão a contribuinte.

Meu entendimento é o mesmo do adotado pela D. C. Câmara que julgou este processo.

As informações obtidas das operadoras, para nada mais servem, a não ser para confirmar as informações previamente fornecidas ao fisco pelo próprio contribuinte. Tais informações servem apenas para a fiscalização de eventuais omissões de operações tributáveis . Nada mais.



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

CAMARA
CAMARA SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRTC-III-862050/10

RECURSO
ESPECIAL

Em meu entender está sendo dado ao que se chama de **CARTÃOVERMELHO** um enfoque não compatível com a realidade. O cartão de débito/crédito nada mais é que uma modalidade de pagamento, em cartão de plástico, que não muda os conceitos da saída de mercadorias e serviços e que não impede o fisco de buscar a verdade material das operações praticadas, em busca da segurança fiscal e da correção contábil.

No caso destes autos, o voto condutor assim concluiu, (fls. 303)- “ o presente auto de infração 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 guias de informação e apuração de ICMS- GIAs. A obrigação tributária foi constatada após notificação à autuada, para comprovar a natureza das operações constantes do anexo- valores informados pelas empresas administradoras (artigo 2, da Lei 12 294/06), conforme detalhado no relatório circunstanciado de fls. 7 a 10, com conseqüente levantamento de diferenças apuradas, não se havendo falar em vicio no procedimento fiscal.”

Os paradigmas apresentados se prestam ao confronto,
Por todo o exposto, conheço do recurso da contribuinte, mas lhe nego provimento, para manter a decisão recorrida, que em meu entender não merece reparos.

São Paulo

26/4/12

Francisco Antonio Feijó
Relator

A pedido do revisor ao processo a(o) SR.(a)
Dr. Antônio Augusto

pelo prazo de _____ dias (art. 128 do R.J.)
ficando adiado o julgamento
SALA DAS SESSÕES, em _____, _____, 2012

[Assinatura]

Presidente



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

CÂMARA
SUPERIOR

PROCESSO
DRT-C-III-862050/10

RECURSO
ESPECIAL

RECORRENTE	LUSITANA COMERCIAL DE COUROS LTDA	
RECORRIDA	FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO	
RELATOR	Dr. FRANCISCO ANTONIO FEIJÓ	AIIM: 3.142.829-0

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 provido.

VOTO VISTA — ANTONIO AUGUSTO SILVA PEREIRA DE CARVALHO

1) Adotado sem ressalvas o relatório elaborado pelo i. Juiz FRANCISCO ANTONIO FEIJÓ, peço sua licença para lançar voto divergente.

2) Cotejadas 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 declarara como montante tributável no curso de determinado período de tempo, concluiu a Fiscalização pela ocorrência de infrações relativas ao pagamento do ICMS.

3) 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.



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

CÂMARA
SUPERIOR

PROCESSO
DRT-C-III-862050/10

RECURSO
ESPECIAL

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".

4) Diante do exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso, declarando nulo o ato administrativo veiculado no AIIM.

Plenário Antônio Pinto da Silva,

18 de *setembro*

de 2012

ANTONIO AUGUSTO SILVA PEREIRA DE CARVALHO

FRANCISCO ANTONIO FEIJÓ



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

CAMARA
 SUPERIOR

PROCESSO Nº
 DRTC III - 862050/2010

RECURSO
 ESPECIAL

VOTO EM SEPARADO

Acompanho Dr. Feijó, 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 NEG PROVIMENTO, MANTENDO A DECISÃO RECORRIDA.**


 JOSÉ ROBERTO ROSA

CÂMARA
Superior

PROCESSO Nº
DRTC III - 862050/2010

RECURSO
Especial

Trata-se de acusação fiscal envolvendo a falta de pagamento do ICMS, apurado por meio de levantamento fiscal. O movimento real tributável se deu com base nas informações fornecidas pelas administradoras de cartões de crédito e débito.

O tema em discussão diz respeito a pretendida declaração de "nulidade" do feito, sob o argumento pueril de "quebra do sigilo bancário" do particular, pois o Fisco já teria angariado as informações oriundas das Instituições Financeiras, sem que houvesse procedimento fiscal prévio ou em curso, o que violaria os ditames da Lei Complementar n. 105/2001(arts. 5º e 6º) e Decreto n. 54.240/09.

Sou pela inexistência de qualquer mácula no procedimento adotado pelo Fisco.

O art. 145, §1º, da Constituição Federal permite a autoridade fiscal identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

A Lei Complementar n. 105/2001 autoriza a transferência direta do sigilo bancário para a Administração Tributária, ficando a autoridade administrativa responsável pela guarda de tais dados.

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)

A própria jurisprudência do STF tem se inclinado "*no sentido de que o direito ao sigilo bancário não é absoluto, devendo ceder diante do interesse público, do interesse social e do interesse da justiça, com observância de procedimento estabelecido em lei e com respeito ao princípio da razoabilidade, sendo certo, portanto, que as exceções podem ser disciplinadas por normas infraconstitucionais*"(RE-219.780, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU-10/9/99)

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.

Acrescento que 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.

Quanto ao argumento de imprestabilidade da prova obtida pelo Fisco, por ofensa ao devido processo legal, porque este já havia obtido previamente a qualquer procedimento fiscal as informações financeiras junto às Administradoras de Cartões de Crédito e Débito, não compartilho de tal assertiva.

O artigo 6º, da Lei Complementar 105/2001 não exige que o procedimento administrativo ou fiscal para a coleta e exame das informações das instituições financeiras seja específico.

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".

CÂMARA
Superior

PROCESSO Nº
DRTC III - 862 050 / 2010

RECURSO
Especial

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 oblíqua, amolda-se, a meu ver, ao quanto disciplinado pelo artigo 6º, da Lei Complementar n. 105/01.

Nesse ponto, faço um paralelo com o inquérito policial, o qual é um procedimento meramente informativo, destinado à investigação de um fato possivelmente criminoso e a identificação de seu autor, objetivando a obtenção de elementos suficientes para a propositura de uma ação penal.

Por não integrar o processo penal em sentido estrito, conforme pacífica jurisprudência do STF e do STJ não está sujeito ao princípio do contraditório ou da ampla defesa. (STF, RTJ-143/306, RE-136.239-SP; STJ, RHC4145-5).

Guardadas as devidas proporções, o mesmo ocorre no decorrer da fase em que, a Administração Tributária identifica ou fiscaliza os rendimentos dos contribuintes, recorrendo a intimação escrita às instituições financeiras, e por isso mesmo, não está sujeita ao contraditório e a ampla defesa, pois nesta fase, não se pode afirmar que haja, ainda, “litigante ou acusado”.

Só tem início o processo administrativo tributário com a lavratura do AIIM, acompanhado dos elementos de prova permitidos em lei.

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.

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.

A impossibilidade de convalidamento do ato só se verificaria se daí resultasse dano ou alcance a direito subjetivo, quer da própria administração, quer de terceiros. “*Não se decreta nulidade, quando se pode convalidar o ato, a menos que este(...) tenha acarretado prejuízos*”. (RDA-84/195)


Por derradeiro, constato que a contribuinte foi intimada a esclarecer em todas as fases do contencioso, as diferenças apuradas pela fiscalização.

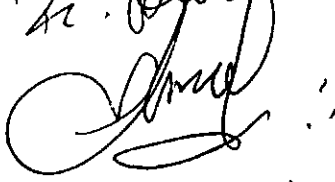
Não o fez.

Vai daí, que merece prevalecer a reclamação fiscal de falta de pagamento do ICMS, apurada por levantamento fiscal, cujas vendas ocultou da tributação.


Por tais razões, acompanho o Dr. Feijo.

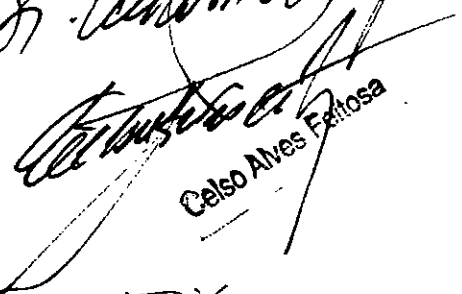

CELSO DE SOUZA JULIAN

Com o Dr. Feijó

AUGUSTO TOSCANO

Com o Sr. D. Augusto Augusto


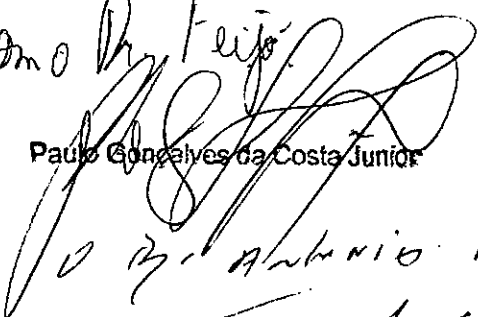
Luiz Fernando Mussolini Jr.

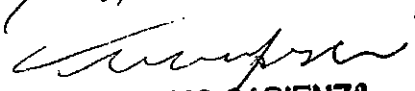
Com o Sr. Feijó

Gianpaulo Camilo
Dringoli

Com o Sr. Antonio Augusto

Celso Alves Fritosa

Com o Sr. Feijó

EGILE PRANDINI MACIOTTA

Com o Sr. Feijó

Paulo Gonçalves da Costa Junior

Com o Sr. Antonio Augusto

VICENTE DO CARMO SAPIENZA

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.

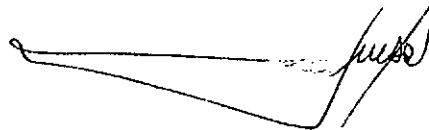
“O Coordenador da Administração Tributária, tendo em vista o disposto nos artigos 8º e 9º do Decreto 54.240, de 14 de abril de 2009 e considerando o teor do artigo 198 do Código Tributário Nacional e do inciso XVIII do artigo 4º da Lei Complementar Estadual n.º 939, de 3 de abril de 2003, bem como a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

DRTC III-862050/10

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.

Do mais, com Dr. Julian



FERNANDO MORAES SALABERRY

Com Sr. Antonio Augusto



Antonio P. Rodrigues Dornico

Com o Sr. Antonio Augusto



EDUARDO PEREZ SALUSSE

Cl o a J. Rosa



Olga Maria de Castilho Arruda

Com Dr. José Neves



JOSÉ PAULO NEVES
Presidente