



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA	PROCESSO Nº	RECURSO
CAMARA SUPERIOR	DRTC-I-810100/10	ESPECIAL

RECORRENTE	CASTELO VERDE COMERCIO DE MOVEIS LTDA.					
RECORRIDA	FAZENDA PUBLICA					
RELATOR(A)	Francisco A Feijó	AIIM	3140502	S. ORAL	SIM	X
EMENTA						
Há Protesto por Sustentação Oral (fls. 280).						
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 .			
			-			

RELATORIO

A contribuinte é acusada de deixar de pagar ICMS, no montante de R\$ 185.974,14, nos períodos de janeiro a dezembro/2006 e janeiro a junho/2007, valor esse 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. 159/166), julgou procedente a acusação fiscal. Inconformada a contribuinte ingressou com ORDINARIO (fls. 171/208), pugnando pela reforma dessa decisão ou não sendo esse o entendimento, que fosse convertido o julgamento em diligência, para a realização do levantamento fiscal, nos moldes do artigo 509 do RICMS. Esse recurso foi julgado pela D. 15ª. C. Julgadora(fls.228/241) em sessão de 11.11.2011 e, não a unanimidade, negado provimento ao mesmo.

Inconformada ingressou a contribuinte com este ESPECIAL(fls. 243/280), protestando por sustentação oral e argumentando que este recurso deve ser conhecido, em razão da decisão divergir do que foi adotado nos Processos DRTC-I- -184727/2010, DRT-12- 176690/2010, DRTC-I-905064/2010, DRT-I- 3343/75, DRT- I- 22930/73 e DRT- 6- 9578/84. .

Destaca que o D. Juiz German Fernandez, lançou voto de vista nos autos do processo DRT-C-1- 184727/10, no sentido da ilegalidade de utilização de dados de instituições financeiras (operadoras de cartões de crédito e débito), sem a instauração prévia de processo administrativo. E ainda que nos Processos DRT- I- 3343/75, DRT-1- 22930/73 e DRT-6- 9576/84 e DRT-4- 1490/85, foi entendido pela necessidade de levantamento fiscal e no Processo DRTC-1- 905064/2010, pelo cancelamento do auto de infração.

Entende a contribuinte que a acusação está embasada em provas obtidas sem observância dos procedimentos legais, como consta do voto solteiro da I. Juíza Mara Eugênia, que converge com o entendimento do Dr. Paulo Aoki, que votou pelo cancelamento do auto de infração.

Traz decisão do STF que suspendeu a quebra do sigilo fiscal, nos autos do RE 389808 do Paraná, por violação ao artigo 5, X e XII da CF/88.



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA
CAMARA SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRTC-I-810100/10

RECURSO
ESPECIAL

Refere que a CF assegura que somente com autorização judicial, e para fins de investigação criminal o sigilo pode ser quebrado(artigo 145, parágrafo 1, CF).

Destaca que não obstante a D. Juíza Relatora afirme que a Lei 6.374/89 e a Portaria CAT 87/06, estão em pleno vigor, não se pode deixar de observar o disposto na CF que determina a necessidade de autorização judicial para a quebra do sigilo bancário dos contribuintes.

Entende que possuindo as operadoras de cartões de crédito, qualificação jurídica de instituições financeiras, para que não haja violação à intimidade e privacidade financeira do contribuinte, deve ser respeitado o que dispõe a CF.

Acrescenta que até mesmo a possibilidade exclusiva da União em requisitar periodicamente informações financeiras está com sua constitucionalidade sub judice do E. STF, sendo objeto da ADI 4010.

Insiste em que os dados fiscais no caso destes autos, foram obtidos antes da instauração de qualquer procedimento administrativo, ao contrário do que aduz a Juíza Relatora, as referidas provas obtidas de forma ilícita.

Transcreve o artigo 75 , inciso X da Lei Paulista 6374/89 e o artigo 494, inciso X do RICMS, que estabelece que as administradoras de cartões não podem embaraçar a fiscalização e quando, notificadas, devem exhibir os dados referentes às operações realizadas com cartões de débito/crédito.

Volta a se referir as decisões lançadas nos arestos paradigmáticos juntados, contrários ao entendimento adotado pela D. C. Julgadora, e fala do entendimento do E. STJ/SP e do CARF a respeito do tema, transcrevendo decisões desses dois tribunais.

Entende que ocorreu vicio formal nestes autos, que não obstante afastado pelo Sr. Julgador, não ficou claro, no sentido do fisco, não ter demonstrado claramente a identidade entre os dispositivos legais que fundamentam as supostas infrações e a capitulação das multas impostas, com a realidade com que os fatos ocorreram.

Entende que o fisco desrespeitou o disposto no artigo 65 do Decreto 54 486/2009, com consequente cerceamento de sua defesa.

Entende que analisando o auto de infração, e a multa aplicada, verifica-se que a mesma onera excessivamente a recorrente, configurando o enriquecimento ilícito da Fazenda Publica.

Insiste em que as provas foram obtidas ilicitamente o que leva a nulidade do auto de infração.

Destaca que como já informado ao fisco, mantém show room, que não efetua vendas e sim faz orçamentos que são enviados para sua fábrica em Guarulhos e que, somente o levantamento fiscal, iria comprovar que em momento algum deixou de pagar o ICMS mensal.

Acrescenta que todos os esclarecimentos prestados ao fisco durante a fiscalização não foram considerados e o levantamento realizado, se ateve somente a analise dos relatórios fornecidos pelas empresas de cartões de crédito, sem o exame dos livros fiscais da filial de Guarulhos.

Salienta que tem mercadorias com alíquota de 12% e, por isso, incorreta a aplicação da alíquota de 18%, mesmo que supostamente pudesse haver falta de pagamento de imposto.

Tece outras considerações, e enfrenta a questão da multa , enfatizando a lei 10175/98, que



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

CAMARA
CAMARA SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRTC-I-810100/10

RECURSO
ESPECIAL

dispõe sobre a taxa de juros e determina a suspensão da atualização monetária, entendendo ser ilegal a base de cálculo, corrigida nos moldes do artigo 565 do RICMS.

Pede, finalmente, a anulação do auto de infração, ou que seja julgada improcedente a acusação com o cancelamento do AIIM e caso não seja este o entendimento, que seja determinada a conversão do julgamento em diligência, para a realização do levantamento fiscal, nos moldes do artigo 509 do RICMS.

Protesta por sustentação oral(fls. 280).

Manifestação da D. R. Fiscal(fls. 369/378), pelo não conhecimento do recurso, por falta de indicação de paradigmas.

Pelo não conhecimento também, quanto a discussão sobre inadequação do levantamento fiscal realizado, pois os paradigmas citados não possuem identidade fática, com o discutido nestes autos. .

No mérito, entende a Fazenda Publica, que o recurso deve ser conhecido, mas negado provimento, pois a lei estadual, não impõe procedimento prévio à solicitação pelo fisco as administradoras de cartões de crédito, de informações sobre operações ou prestações realizadas por contribuintes do imposto. .

Cita a Fazenda Publica, decisões lançadas nos Processos DRT- 5- 122227/2010, DRT-5-129639/2010, DRTC-I- 210661/2010, que adotaram a mesma maneira de decidir adotada nestes autos e refere à decisão do E STF, em voto da I. Ministra Ellen Gracie, em que foi entendido que as informações não deixam de ser protegidas, quando os dados passam da instituição financeira para o fisco, mantendo-se o sigilo que os preserva do conhecimento público.

Destaca que a autuação combatida, foi decorrente de atividade fiscal executada a partir de Plano de Trabalho, denominada operação Cartões, desenvolvida pelo DEAT, com o objetivo de coibir e reprimir práticas de sonegação de impostos por meio de venda com cartão, sem a correspondente emissão de cupom fiscal.

Havendo Protesto por Sustentação Oral, devolvo ao setor competente para designação de data.

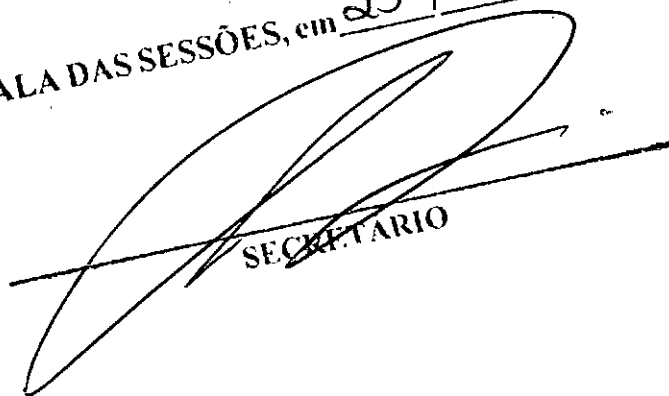
São Paulo,

Francisco Antonio Feljó
 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



SECRETARIO



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA
CAMARA SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRTC-I- 810100/10

RECURSO
ESPECIAL

RECORRENTE	CASTELO VERDE COMERCIO DE MOVEIS LTDA.					
RECORRIDA.	FAZENDA PUBLICA					
RELATOR(A)	Francisco A Feijó	AIIM	3140502	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, negou provimento, não a unanimidade ao ordinário, mantendo a decisão singular. A contribuinte ingressa com este ESPECIAL e levanta preliminares de nulidade da decisão recorrida por ausência de procedimento fiscal prévio e de vício formal, por não ter o fisco, em seu entender, demonstrado claramente a identidade entre os dispositivos legais que fundamentam as supostas infrações e a capitulação das multas impostas, com a realidade dos fatos que ocorreram. No mérito, pede a anulação do auto de infração e, não sendo esse o entendimento, que seja o recurso julgado totalmente procedente, cancelando o auto de infração e caso não seja ainda este o entendimento, que seja convertido o julgamento em diligência para a realização do levantamento fiscal, nos moldes do artigo 509 do RICMS/00. 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.			
			-			

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



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA
CAMARA SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRTC-I- 810100/10

RECURSO
ESPECIAL

débito, serve para liquidar qualquer tipo de operação, não só o de circulação de mercadorias.

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 a contribuinte, dando conta de que tinha em seu poder, as informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito, referentes ao período determinado e que deveria ela, justificar em um prazo de 10 dias, as operações que se referissem a venda de serviços, cancelamentos de operações, saídas referentes a mês posterior ao do pagamento efetuado com cartão, enfim, que efetuassem 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



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA
CAMARA SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRTC-I- 810100/10

RECURSO
ESPECIAL

fisco nada mais busca, que conciliar essas informações, com os registros delas decorrentes, 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, a de nulidade do auto de infração, por não ter sido a autuação precedida de procedimento fiscal e de vício formal, por não ter demonstrado claramente a identidade entre os dispositivos legais que fundamentam as supostas infrações e a capitulação das multas impostas, com a realidade com que os fatos ocorreram, o que teria levado ao cerceamento de defesa.

Vou aos autos(fls. 220) e verifico que a decisão recorrida já enfrentou essas preliminares e as afastou, leio – “ ... afasto a preliminar de falta de indicação dos dispositivos legais violados . A acusação é clara em apontar que houve falta de pagamento do imposto.....”.

Verifico ainda que afastou o cerceamento de defesa, leio “ também não merece ser acolhida. Não demonstra o contribuinte que tenha sofrido qualquer constrangimento correspondente a não devolução de livros fiscais ou que tenha sido privado da análise da própria documentação. Também não há nada a reparar quanto à instrução processual e oportunidades de defesa no processo”.

Leio ainda (fls. 229)- “ no que se refere a necessidade de levantamento fiscal, com apuração de estoques inicial e final da contribuinte, tem-se que as operações omitidas da tributação por inconsistência entre o valor das saídas declaradas e do faturamento informado pelas administradoras de cartão de crédito, são provavelmente operações com



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA
CAMARA SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRTC-I- 810100/10

RECURSO
ESPECIAL

mercadorias que também não foram escrituradas em sua entrada no estabelecimento.....”.

Pelas mesmas razões, afasto essas preliminares.

A alegação da recorrente de que possui um show room em Campinas e que a fabrica em Guarulhos executa as vendas, é irrelevante, pois a acusação envolve diferenças apuradas na conciliação de informações prestadas às administradoras de cartões de crédito pela própria contribuinte e do fisco com ela própria autuada.

Quanto a alegação de efetuar vendas com alíquota de 12% e o auto de infração imputar a alíquota de 18%, na forma da lei vigente, as diferenças apuradas são sempre tributadas pela alíquota cheia – 18%.

Quanto a discussão sobre a multa, ela é incabível nesta fase recursal e foi lançada de acordo com a legislação vigente.

Quanto ao mérito, leio (fls. 229)- “ a controvérsia recursal, se situa sobre a viabilidade da utilização de dados de administradora de cartão de crédito, para fazer demonstrar ocorrência de operações de circulação de mercadorias não declaradas ao fisco e a pretensa violação à intimidade e sigilo bancário.Ao contrário de perquirir o sigilo de operações financeiras do contribuinte, a recepção de dados englobados e totalizados por período a partir de relatórios das administradoras de cartão de crédito, fornecidos na forma da lei, não viola o sigilo bancário dos contribuintes ou se imiscui em detalhes de sua vida financeira. Limita-se a determinar o faturamento real dos estabelecimentos, fato esse que deveria ser informado pelo contribuinte ao fisco e foi, no caso específico, omitido para resultar em menor tributação de ICMS. “.

Afastadas as preliminares, no mérito, sou obrigado a concluir que não tem razão a contribuinte.

Meu entendimento é o mesmo 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.

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.

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

Francisco Antonio Feijó
Relator

26/4/12

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

D. Anderson do Prado

pele prazo de _____

ficando adiantado _____

SALA _____

25 04 2012
[Signature]



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

CÂMARA	PROCESSO	RECURSO
SUPERIOR	DRT-C-I-810100/10	ESPECIAL

RECORRENTE	CASTELO VERDE COMÉRCIO DE MÓVEIS LTDA	
RECORRIDA	FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO	
RELATOR	Dr. FRANCISCO ANTONIO FEIJÓ	AIIM: 3.140.502-2

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-I-810100/10**

**RECURSO
ESPECIAL**

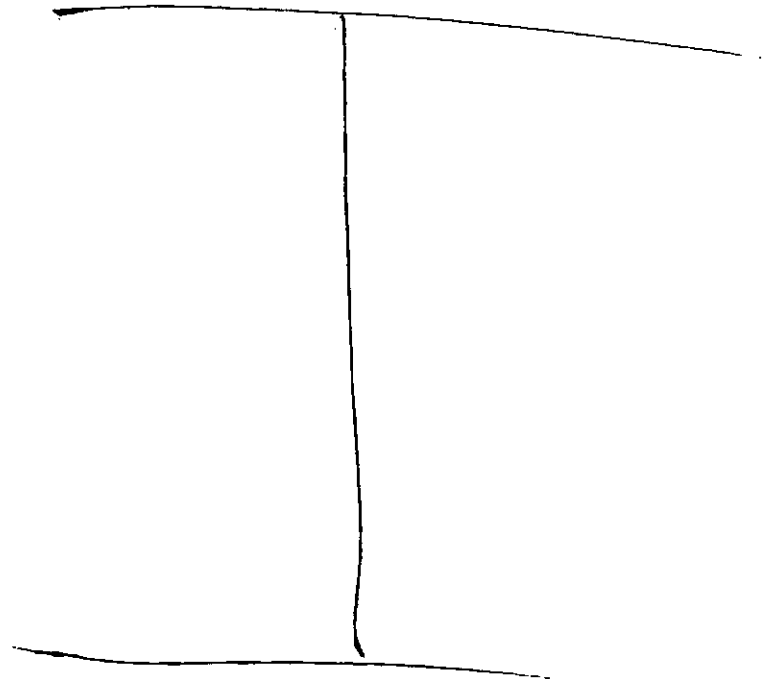
Diagnostica-se, sem dificuldade, que inválida a autuação: como está no art. 8º da Lei Estadual nº 10.177/98, são inválidos os atos administrativos que desatendam os pressupostos legais e regulamentares de sua edição, ou os princípios da Administração, aí incluídos, como destacado no seu inciso II, os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

[Handwritten signature]
ANTONIO AUGUSTO SILVA PEREIRA DE CARVALHO

[Handwritten signature]
**FRANCISCO ANTONIO FELIX
EGLE PRANDINI MASCAREDES**





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

CAMARA
SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRCLT 810100/10

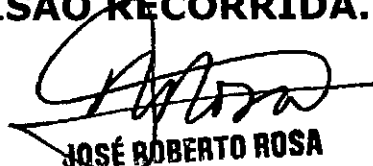
RECURSO
ESPECIAL

V O T O E M S E P A R A D O

Acompanho Sr. 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 J. 810100/2010

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".

de

CÂMARA
Superior

PROCESSO Nº
DRTC J-810100/2010

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. Feys.


 CELSO BARBOSA JULIAN

Com o Dr. Feijó

AUGUSTO TOSCANO

Com o Dr. Antonio Augusto

Luiz

Luiz Fernando Mussolini Jr.

Com o Sr. Feijó

Gianpaulo Camille Dringoli

Com o Dr. Antonio Augusto

Celso Alves Feltosa

Com o Sr. Feijó

EGLÉ PRANDINI MACIOTTA

Com o Dr. Feijó

Paulo Gonçalves da Costa Junior

Com o Dr. 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:

DRTC J - 810100/2010

"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

DRTCI-B10100/2010

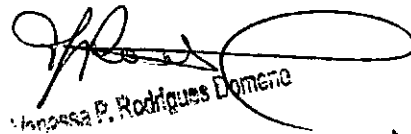
necessidade de manutenção do sigilo fiscal das informações obtidas pela Secretaria da Fazenda nas hipóteses previstas em lei, expede a seguinte portaria:"

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 D. Feijó


FERNANDO MORAES SALLABERRY

Com Sr. Antonio Augusto

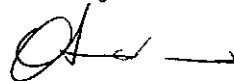

Vanessa P. Rodrigues Domene

Com o Sr. Antonio Augusto



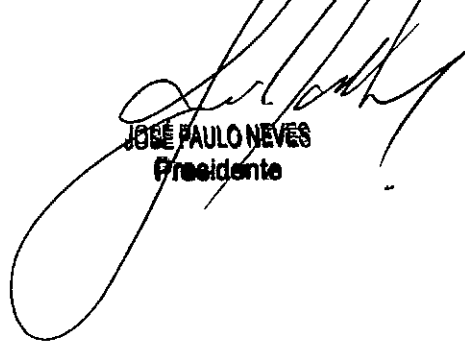
EDUARDO PEREZ SALUSSE

do Sr. J. Rosa



Olga Maria de Castilho Arruda

Com o Sr. José Rosa


JOSÉ PAULO NEVES
Presidente