



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

CAMARA
CAMARA SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRTC-1- 814321/10

RECURSO
ESPECIAL

RECORRENTE	OCULARIUM MODERNO OPTICA LTDA					
RECORRIDA	FAZENDA PUBLICA					
RELATOR(A)	Francisco A Feijó	AIIM	3129917	S. ORAL	NÃO	X
EMENTA						
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(item 1) e deixar de entregar GIAs (item 2). Decisão recorrida manteve a acusação do item 1, e do item 2, entretanto, decidiu por aplicar para o item 2 do AIIM, penalidade mais benéfica para o contribuinte, de acordo com o disposto na nova redação dada pelo Decreto 55 4237 de 17.02.2010. A contribuinte alega em seu recurso , quebra de sigilo bancário e ferimento à Constituição Federal, e pede o cancelamento integral do auto de infração. Paradigma se presta ao confronto. Não vejo cerceamento de defesa, quebra de sigilo bancário, ou ferimento a direito garantido na Constituição Federal. Na realidade se trata de simples conciliação de informações prestadas às administradoras de cartões de crédito pelo contribuinte e desse para o fisco quando solicitado. Recurso conhecido, mas negado provimento, para manter a decisão recorrida que em meu entender não merece reparos.						
CAPITULAÇÃO DA INFRAÇÃO			CAPITULAÇÃO DA MULTA .			
Artigo 58, 81, 215, 223, 253, 254, RICMS/00			- Artigo 527, inciso I, VII, alínea " a ", c/c/ parágrafo 1, 8 e 10, RICMS/00			
			-			

RELATORIO

A contribuinte é acusada de deixar de pagar o ICMS, no montante de R\$ 96.016,46, nos períodos de janeiro a dezembro de 2.007/2008, 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%(item I) e, deixar de entregar guia de informação e apuração do ICMS no prazo regulamentar, relativamente às referências janeiro/07 a 10/07, conforme se comprova pelos extratos da conta fiscal e os demonstrativos das vendas do estabelecimento(item 2).

A decisão singular manteve a acusação em sua integralidade (fls. 160).

A contribuinte apresentou recurso ordinário que foi julgado em sessão de 05.07.2011(fls. 184/195), e não a unanimidade, dado parcial provimento ao mesmo, para manter a acusação do item I e, no tocante ao item 2, aplicar a nova redação dada pelo Decreto 55 437/10 ao artigo 527, inciso VII , alínea " a", RICMS, aplicando penalidade que resulte em situação mais benéfica ao contribuinte.

Inconformada a contribuinte ingressou com este ESPECIAL(fls. 203/208v) arguindo que sem qualquer procedimento administrativo contra ela instaurado, veio a sofrer esta autuação, o que afronta a LC 105/2001, que em seu artigo 6, determina que as autoridades



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA
CAMARA SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRTC-1- 814321/10

RECURSO
ESPECIAL

e os agentes fiscais tributários da União, Estados e Distrito Federal, 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.

Entende que houve quebra do sigilo bancário da contribuinte, com grave ferimento as garantias asseguradas pela CF em seu artigo 5, inciso XII, e o que determina a legislação infraconstitucional a respeito do assunto.

Entende ainda, que as instituições de cartões de crédito, não devem e não podem, embarçar a ação fiscalizadora, ficando, portanto, obrigadas a exibir os documentos quando solicitados pelo fisco, porém, é o fisco quem tem o dever legal de só solicitar tais informações com o processo administrativo instaurado ou o procedimento fiscal em curso, devendo ser completamente glosado neste caso.

E mais, que o parcial provimento, com o conhecimento pelo acórdão de que a aplicação da multa foi mais gravosa do que recomenda a atual redação do artigo 527, inciso VII, alínea " a ", RICMS/00, não elide o direito do recorrente de ver anulado totalmente o AHIM, acrescentando que o provimento parcial foi pouco, diante da injusta e inconstitucional metodologia adotada no levantamento fiscal.

Destaca o Decreto 54 240/09, que regulamenta o acesso e o uso pela Secretaria da Fazenda de dados fornecidos pelas repartições financeiras e conclui, que sem a abertura de processo administrativo, fica impedido o fisco de solicitar informações de seus contribuintes junto às entidades financeiras ou entidades a ela equiparadas.

Traz como paradigma a decisão lançada no processo DRTC- III- 316688/2010, pela 2ª. C. Efetiva que entendeu ter ocorrido violação do sigilo bancário protegido constitucionalmente, cancelando na oportunidade, integralmente o auto de infração.

Pede, finalmente, seja conhecido este Especial e a ele dado provimento total, para declarar nulo o Auto de Infração.

Contra razões da Fazenda Publica, trazendo decisão da 1ª. C. Efetiva no Processo DRT-56-122227/10 e DRT- 5- 129639/2010, em que foi mantido o auto de infração, face a ausência de provas do contribuinte que pudessem afastar as informações prestadas pelas empresas administradoras de cartões de crédito.

Acrescenta o fisco que as administradoras de cartões de crédito informam somente o faturamento de contribuintes do ICMS e verificadas eventuais divergências, são emitidas notificações para que sejam esclarecidas essas diferenças.

Transcreve voto da Ministra Ellen Gracie do STF que referindo-se a proteção do sigilo contida na LC 105/2021, artigo 6, assim entendeu- " as informações não deixam de ser protegidas. Os dados passam da instituição financeira ao fisco, mantendo-se o sigilo que os preserva do conhecimento público."

Entende ainda que o inciso X do artigo 75 da Lei 6374/89 é norma vigente e garante o acesso do fisco estadual às informações das administradoras de cartão de crédito ou débito, relativamente às operações de prestações de serviços realizadas por contribuintes do ICMS, pugnando pelo afastamento da arguição de ilegalidade na obtenção das provas e o conhecimento, porém, o desprovimento do recurso da contribuinte.

Sem outros requerimentos, passo ao voto.



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA
CAMARA SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRTC-1- 814321/10

RECURSO
ESPECIAL

DECISÃO

Este processo trata do assim chamado " CARTAO VERMELHO, que na realidade nada mais que a coleta de informações pelo fisco , junto às administradoras de cartões de crédito e o confronto dessas informações, com aquelas que são prestadas pela própria contribuinte ao fisco e à administradora de cartões de crédito.

Como é conhecido, os cartões de crédito 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 portador do cartão, 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 se tratam de prestação de serviços, pois o cartão de crédito serve para liquidar qualquer tipo de operação, não só o de circulação de mercadorias.

Para efeito contábil, o valor recebido em cartão de crédito, deve ser registrado em uma conta própria, mas a contra partida do lançamento, será sempre a de venda de mercadorias ou de prestação de serviços.

No período determinado no contrato firmado entre a operadora do cartão de crédito e a empresa, obedecidas as vendas parceladas, para simples efeito de pagamento pelo cliente, a empresa de cartão de crédito, faz o levantamento dos coupons de vendas emitidos, com autorização mecânica pela operadora e reembolsa a empresa, após deduzir a taxa de administração contratada.

E o mais importante, 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(fls. 07), 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, demonstrar em um prazo de 10 dias, aquelas operações que se referissem a venda de serviços, canceladas, 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



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA
CAMARA SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRTC-1- 814321/10

RECURSO
ESPECIAL

período.

Em meu entender, portanto, não ocorreu o que alega a contribuinte. Nada foi praticado que possa ser entendido como quebra de "sigilo bancário". A uma, porque as informações prestadas pelas administradoras dos cartões de crédito, foram geradas pela própria contribuinte, quando das transações praticadas com esses cartões, a duas, porque o fisco busca, com o cruzamento dessas informações com aquelas fornecidas a ele fisco pela contribuinte, uma simples conferência, 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 **CARTÃO VERMELHO**.

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

A contribuinte por disposição legal, passou a adotar controles magnéticos que deve fornecer ao fisco, porque esses registros substituem registros em papel e esses registros magnéticos, devem conter, todas as informações necessárias para poder atender ao fisco, quando solicitadas, como ocorreu no caso dos autos.

Verifico que consta nos autos o disquete com o arquivo fiscal da autuada(fls. 19) e a degravação do mesmo.

Volto a me socorrer do fisco federal, e saliento que a DIRF fornecida pelas empresas ao fisco, 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 estão, e não quebram o sigilo bancário, ou ferem 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.

Vou a decisão recorrida e leio (fls. 187), " não houve uso de informações que tenham sido colhidas de forma ilegal e equivocada, como bem destacado pela I. Juíza em seu voto proferido no Processo DRTC - III- 321.023/2010".

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."

Em meu entender está sendo dado ao que se chama de **CARTÃO VERMELHO** um enfoque não compatível com a realidade do que ele representa. Nada mais é que uma modalidade moderna 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



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA
CAMARA SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRTC-1- 814321/10

RECURSO
ESPECIAL

operações praticadas, em busca da segurança fiscal e da correção contábil.

A contribuinte não discute a decisão dada ao item 2 do AIIM., enfrenta somente o item 1, buscando entretanto o cancelamento integral da acusação.(fls. 208v).

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

12/4/12

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

~~Camargo~~
pelo prazo de 1 dia(s) (Art. 628 do R.I.)
ficando adiado o julgamento.
SALA DAS SESSOES, em 12 / 1 / 1

Presidente

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

EDUARDO P. SALGADO
pelo prazo de 15 dias (Art. 628 do R.I.)
ficando adiado o julgamento.
SALA DAS SESSOES, em 12 / 04 / 2012

Presidente



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

CAMARA
SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRTe1-814321/10

RECURSO
ESPECIAL

RECORRENTE	OCULARIUM MODERNO OPTICA LTDA				
RECORRIDO	FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO				
VISTA	EDUARDO PEREZ SALUSSE	AIIM	3129917	S. ORAL	S
EMENTA					
ICMS - FALTA DE PAGAMENTO - LEVANTAMENTO FISCAL - OPERAÇÃO CARTÃO VERMELHO					
<p>A Lei Complementar 105/01 e o Decreto 54.240/09 determinam que as informações de instituições financeiras somente podem ser obtidas e examinadas quando existir processo administrativo tributário devidamente instaurado ou procedimento de fiscalização em curso, dentre vários outros requisitos.</p> <p>A inobservância dos requisitos de <i>competência, finalidade e forma</i> pelo agente público torna inválido o ato administrativo vinculado de lançamento.</p> <p>Recurso provido.</p>					
CAPITULAÇÃO DA INFRAÇÃO			CAPITULAÇÃO DA MULTA		

VOTO EM PEDIDO DE VISTA

A questão debatida nestes autos diz respeito à chamada "Operação Cartão Vermelho", na qual as autoridades fiscais atuaram empresas por falta de pagamento de ICMS, apurada pelo confronto de sua escrituração fiscal com informações de movimentação financeira fornecidas por empresas administradoras de cartões de crédito e/ou débito.

É fato que o artigo 75, inciso X, da Lei nº 6.374/89, que dispõe o seguinte:

"Art. 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:

(...)



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

CAMARA
SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRT-1-814321/10

RECURSO
ESPECIAL

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

No entanto, o ponto primeiro que reclama atenção dos Julgadores deste Tribunal diz respeito ao procedimento adotado pela fiscalização, praticamente fazendo "letra morta" dos dispositivos contidos em nosso ordenamento jurídico que disciplinam a matéria.

Vejo que as medidas das autoridades fiscais iniciaram-se com a obtenção das informações financeiras do contribuinte junto às empresas administradoras de cartões de crédito e/ou débito.

Após obtidas – e somente após – há o início de procedimento de fiscalização fiscal ou notificação ao contribuinte.

Salta aos olhos o fato de que, à época dos procedimentos fiscais, já estavam em vigor tanto a Lei Complementar 105/01, quanto o Decreto Estadual Paulista nº 54.240/09, disciplinando a quebra de sigilo para a obtenção de informações sobre operações financeiras.

O artigo 6º da Lei Complementar 105/01 encontra-se redigido da seguinte forma:

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." (grifei)

O Decreto Estadual Paulista nº 54.240/09, elaborado em consonância com a LC 105/01, prescreve o seguinte em seu artigo 2º:

"Artigo 2º - A requisição de informações de que trata o artigo 1º somente poderá ser emitida pela Secretaria da Fazenda quando existir processo administrativo tributário devidamente instaurado ou procedimento de fiscalização em curso" (grifei)



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

**CAMARA
 SUPERIOR**

**PROCESSO Nº
 DRT-1-814321/10**

**RECURSO
 ESPECIAL**

Complementa, em seu artigos 4º. e 6º., disciplinando que:

Artigo 4º - Compete ao Agente Fiscal de Rendas propor a requisição de informações de que trata o artigo 1º por meio de Ofício com relatório circunstanciado que:

I - comprove a instauração de processo administrativo tributário ou a existência de procedimento de fiscalização em curso;

II - demonstre a ocorrência de alguma das situações prevista no artigo 3º;

III - especifique de forma clara e sucinta as informações a serem requisitadas bem como a identidade de seus titulares;

IV - motive o pedido, justificando a necessidade das informações solicitadas.

Artigo 5º - São competentes para deferir a proposta de requisição de informações de que trata o artigo 4º, o Delegado Regional Tributário e o Diretor-Executivo da Administração Tributária.

Artigo 6º - Desde que não haja prejuízo ao processo administrativo tributário instaurado ou ao procedimento de fiscalização em curso, deferida a expedição da requisição pela autoridade competente, a pessoa relacionada com os dados e informações a serem requisitados será, antes do encaminhamento da requisição às pessoas referidas no artigo 7º, formalmente notificada a apresentá-los espontaneamente no prazo de até 15 (quinze) dias, prorrogável a critério da autoridade competente. (grifei)

Vale dizer, a simples leitura do Decreto Estadual Paulista nº 54.240/09, autoriza a quebra de sigilo desde que sejam obedecidas as seguintes condições:

- (a) Procedimento fiscal previamente instaurado (art. 4º, I);
- (b) Caráter indispensável da medida (art. 4º, II);
- (c) Motivação do pedido (art. 4º, IV);
- (d) Proposta de requisição específica pelo Agente Fiscal à autoridade competente (art. 4º, III);



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

CAMARA
SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRT-814321/10

RECURSO
ESPECIAL

- (e) Deferimento da proposta de requisição de informações de que trata o artigo 4º, pelo Delegado Regional Tributário e o Diretor-Executivo da Administração Tributária (art. 6º);
- (f) Notificação do contribuinte para apresentação das informações de forma espontânea (art. 6º); e
- (g) Se não atendida, envio de requisição de informações à administradora de cartões de crédito (art. 6º).

Portanto, não se está a discutir a legalidade das normas infraconstitucionais que autorizaram a quebra de sigilo bancário do particular, mas de estrita obediência à forma e aos formalismos previstos em atos normativos.

Sabe-se que o processo administrativo tributário é precedido de procedimento administrativo fiscal que, por sua vez, é instaurado com a finalidade de fiscalizar e de apurar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível (art. 142 do Código Tributário Nacional – CTN).

Na acepção do artigo 8º da Lei 10.177/98, que regulamenta os procedimentos administrativos no âmbito da administração pública estadual, são inválidos os atos administrativos que omitirem formalidades ou procedimentos essenciais ou com falta ou insuficiência de motivação.

A “forma”, segundo o Prof. ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA CINTRA, (Atos Administrativos, Licitações e Contratos Administrativos, 1995, pág.52), “*diz respeito à existência da declaração estatal; a “formalidade” diz respeito à validade do ato*



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

**CAMARA
 SUPERIOR**

**PROCESSO Nº
 DRT-1-814321/10**

**RECURSO
 ESPECIAL**

administrativo. Uma declaração estatal torna-se socialmente reconhecível quando se reveste de uma forma. Está-se diante de um ato administrativo inválido quando uma "formalidade" deixou de ser cumprida".

É sabido que os procedimentos ou as formalidades previstas em ato administrativo devem ser cumpridas, lembrando que o art. 100, I, do CTN, disciplina serem normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos, os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas.

Dentre as diversas classificações de atos administrativos – e, portanto, dos efeitos jurídicos dele decorrentes -, parece adequada a subsunção ao conceito de atos preparatórios ou acessórios do ato principal. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (Direito Administrativo, 23ª Edição, Editora Atlas, pág. 197) ensina que *"existem, no entanto, determinados atos que são preparatórios ou acessórios do ato principal, mas não podem ser excluídos da noção de ato administrativo, porque ou integram um procedimento ou fazem parte de um ato complexo. Neste caso, eles são condição de validade do ato principal; sem eles, este não produz efeitos jurídicos; além disso, podem ser impugnados separadamente."*

Conforme ensina HELY LOPES MEIRELLES (Direito Administrativo Brasileiro. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 151º) *"o exame do ato administrativo revela nitidamente a existência de cinco requisitos necessários à sua formação, a saber: competência, finalidade, forma, motivo e objeto. Tais componentes, pode-se dizer, constituem a infraestrutura do ato administrativo, seja ele vinculado ou discricionário, simples ou complexo, de império ou de gestão"*.



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

CAMARA
SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRT/1-814321/10

RECURSO
ESPECIAL

Romeu Felipe Bacellar Filho (Direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 66) ensina que *“a competência, a finalidade e a forma são vinculadas, ou seja, tem-se que o mérito, que pressupõe o exercício da discricionariedade, recai sobre os aspectos objeto e motivo apenas.”*

Logo, equivocado o pensamento de que a discussão do mérito envereda apenas à legalidade da quebra de sigilo, mas, a meu ver, encontra barreira anterior e intransponível atinente à não observância da forma, finalidade e competência claramente descritos no Decreto Estadual e na mencionada lei complementar.

A não observância de tais requisitos faz com que o ato administrativo careça de condição de validade, tornando todo o procedimento fiscal que culminou com a lavratura do AIIM nulo desde sua origem.

Nem se argumente que os arquivos do contribuinte foram entregues pela administradora de cartão de crédito nos termos da portaria CAT 87/96, vez que os procedimentos de fiscalização iniciaram-se na vigência do Decreto 54.240/09 e nele deveriam se apoiar. Ainda que se admitisse a entrega dos arquivos pela administradora de cartão de crédito – verdadeira instituição financeira nos termos da LC 105/01 – com base em tal Portaria CAT, o fato é que a LC 105/01 também definiu que “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”.



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

CAMARA
 SUPERIOR

PROCESSO Nº
 DRT-1-814321/10

RECURSO
 ESPECIAL

Não é demais lembrar que a própria Lei Complementar 105 foi submetida a enfrentamento pelo Supremo Tribunal Federal, à luz dos direitos estampados no art. 5º. XII da CF/88:

"Art. 5º. (...)

XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;"
 (grifamos)

O STF assim concluiu:

"SIGILO DE DADOS - AFASTAMENTO, Conforme disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a regra é a privacidade quanto à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações, ficando a exceção - a quebra do sigilo - submetida ao crivo de órgão equidistante - o Judiciário - e, mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal.

SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS - RECEITA FEDERAL. Conflita com a Carta da República norma legal atribuindo à Receita Federal - parte na relação jurídico-tributária - o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte."¹(grifou-se)(Doc. 01)

No entanto, não há de se aventurar por esta trilha, haja vista o óbice imposto a este Tribunal pelo artigo 28 da Lei 13.457/09:

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

I - em ação direta de inconstitucionalidade;

¹ STF – RE 389.808 – Relator Min. Marco Aurélio. Julgamento: 15/12/2010.



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

CAMARA
SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRT-1-814321/10

RECURSO
ESPECIAL

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

Pelo exposto e pedindo vênias ao I. Juiz Relator, conheço e dou provimento ao recurso do contribuinte.

Sala de Sessões, 13 de setembro de 2012

Eduardo Perez Salusse



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA
SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRTC J - 814321/2010

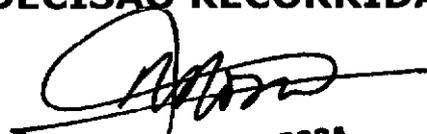
RECURSO
ESPECIAL

V O T O EM SEPARADO

Acompanho Sr. Feijó, com os fundamentos a seguir:

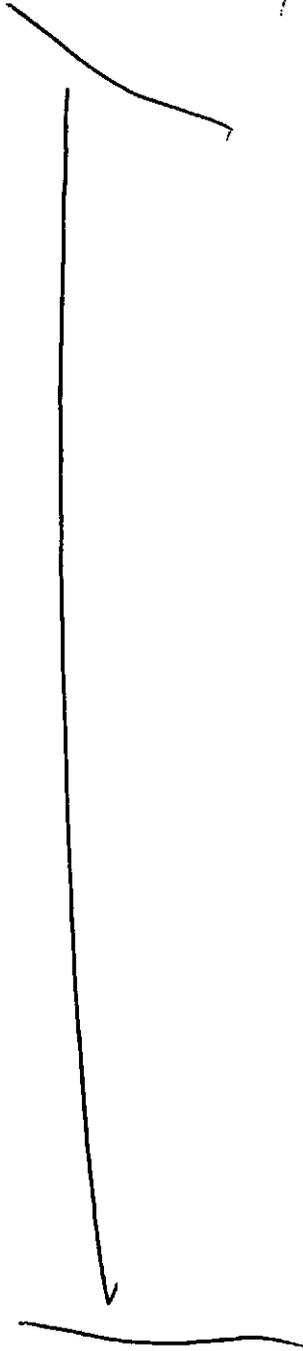
Falta de pagamento do imposto apurado por meio de levantamento fiscal - Operação Cartão Vermelho. Cotejo dos documentos fiscais emitidos pelo contribuinte e declaração dos valores repassados à empresa por administradoras de cartão de crédito. Contribuinte entende violado o sigilo bancário. Autuação correta,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


JOSÉ ROBERTO ROSA

1
Francisco Antonio Feijó

FRANCISCO ANTONIO FEIJÓ



CÂMARA
Superior

PROCESSO Nº
DRTC I - 814321/2010

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 I - 814321/2010

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. Feijó.


GELSA BARBOSA JULIAN



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

FOLHA Nº

CAMARA SUPERIOR

PROCESSO Nº

DRTCJ-814321/10

Reportando - me
ao voto que, na sessão
de 31 de maio de 2012,
preferi nos autos do
Processo DRT-CII-317.695/12,
declaro nulo o AITL.


Antonio Augusto S.P. de Carvalho

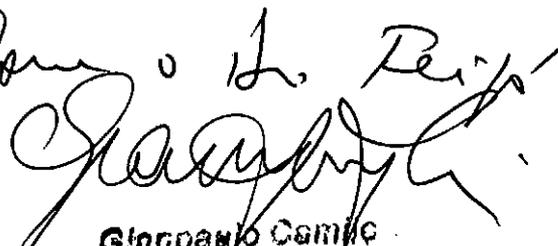
com o Dr. Feijó


AUGUSTO IOBCANO

com o Dr. Antonio Augusto


Fernando Mussolini Jr.

com o Dr. Feijó

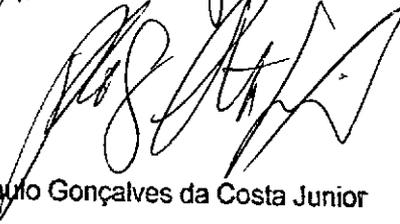

Gianpaulo Camilo
Dragoli

Senhor Sr. Antonio Augusto
~~Senhor Sr. Antonio Augusto~~

com o Sr. Feijó

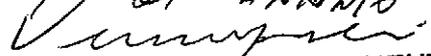

EGLE PRANDINI MACIOTTA

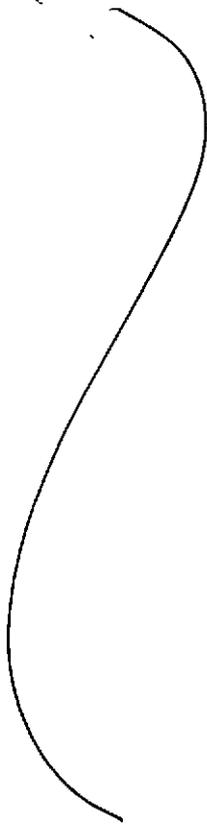
Com o Sr. Feijó



Paulo Gonçalves da Costa Junior

com o Sr. Antonio Augusto


VICENTE DO CARMO SAPIENZA



DRTC I - 814321/10

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 I - 814321/10

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.

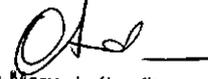
No mais, sou J. Leijó


FERNANDO MORAES SALAZAR

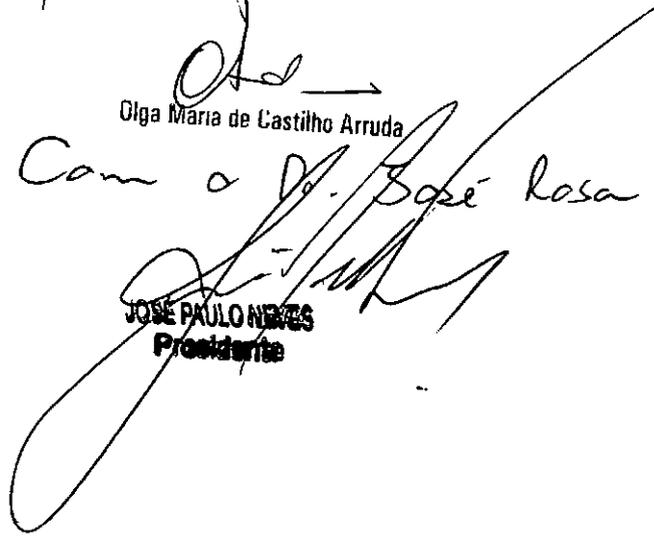
Com a. Salusse


Vanessa P. Rodrigues Donato

e o a José Rosa


Olga Maria de Castilho Arruda

Com a J. José Rosa


JOSÉ PAULO NEVES
Presidente